

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DERECHO CONSTITUCIONAL



TESIS DOCTORAL:

LA FUERZA NORMATIVA DE LA
CONSTITUCIÓN FRENTE A LAS NORMAS
PRECONSTITUCIONALES

Propuesta por: Lic. D. Víctor Eduardo Orozco Solano

Directora: Dra. Dña. María Martín Sánchez

UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DERECHO CONSTITUCIONAL



LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN
FRENTE A LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES

Tesis Doctoral que presenta el Licenciado Víctor Eduardo
Orozco Solano para la colación del grado de Doctor, bajo la
dirección de la Profa. Dra. María Martín Sánchez, Profesora
Doctora de Derecho Constitucional de la UCLM.

Octubre de 2010.

Dedicatoria

*A mi preciosa hija Lucía,
por enseñarme las cosas más bellas de este mundo,
cada vez que pienso en ella,
y por darme la ilusión de ser una mejor persona,
entregándome por completo a ella.*

Agradecimientos

En primer lugar, deseo agradecer a Dios Todopoderoso la fortaleza que me ha dado para concluir esta investigación, alejándome de mis propios vicios y demonios, demostrándome que puedo ser una mejor persona todos los días, a partir del amor hacia el prójimo y, en particular, a mi preciosa hija Lucía. A mis padres y a mis hermanas, para quienes mi amor es infinito, aunque en ocasiones no lo logre, se me escape. A mi esposa Gaby, por apoyarme siempre.

También debo agradecer a todas aquellas personas que, de una forma u otra, me han extendido su valiosa ayuda no sólo durante esta investigación, sino también durante todo el programa de la Maestría Hispanoamericana sobre Justicia Constitucional, sin las cuales no hubiese podido terminar esta empresa.

En este sentido, mi agradecimiento es sincero para don Gilbert Armijo Sancho, por sus buenos consejos y su apoyo permanente, incluso en los peores momentos; a mi Directora de Tesis, la Profa. María Martín Sánchez por enseñarme el camino que debo seguir para plasmar en un texto mis razonamientos sobre el objeto de esta investigación; y de igual modo para

Magali Hernández Rodríguez, sin cuyo auxilio francamente no hubiese podido concluir esta experiencia. Hacia todos, mi respeto y admiración es profunda.

Pero tampoco puedo olvidar la valiosa contribución y los comentarios de Álvaro Cabezas Gutiérrez, por quien siento un gran cariño y admiración. Espero haber plasmado en este texto muchas de tus enseñanzas, desde mi época como meritorio de la Sala Constitucional.

También debo agradecer los comentarios de los demás lectores de esta tesis, entre ellos, Marvin Carvajal, Fernando Castillo, Alex Solís, y Rafael González Ballar, los cuales sin duda han enriquecido los temas tratados en este trabajo.

También debo agradecer la ayuda sincera de varios compañeros de la Sala, a quienes respeto y admiro muchísimo, entre ellos Luis Carlos Abellán, Haider Miranda, Silvia Patiño, Alejandro Robles e Ingrid Hess. Es un honor compartir cada día con ellos en la Sala.

Finalmente, quiero agradecer de todo corazón el apoyo que he recibido no sólo de varios profesores de la Universidad de Castilla-La Mancha, entre ellos, Francisco Javier Díaz Revorio, Pedro Carrasco, y Juan Carlos Ortiz Pradillo, sino también a varios compañeros de la Maestría Hispanoamericana

sobre Justicia Constitucional, por haber convivido conmigo una de las etapas más bellas de mi vida. A todos un abrazo bien fuerte y mil gracias por todo;

Índice

ÍNDICE	1
--------------	---

INTRODUCCIÓN	7
--------------------	---

CAPÍTULO I

LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LA VIGENCIA Y LA VALIDEZ DE UNA NORMA JURÍDICA. 27

SECCIÓN I. LA NORMATIVIDAD Y LA SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.....	28
--	----

SECCIÓN II. LA DISTINCIÓN ENTRE LA VIGENCIA Y VALIDEZ DE UNA NORMA JURÍDICA, LA DEROGACIÓN Y EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....	65
--	----

<i>II.A. Las nociones del sistema normativo.</i>	69
--	----

<i>II.B. El sistema normativo frente a la vigencia y la validez de las normas jurídicas.....</i>	80
--	----

SECCIÓN III. LA DISTINCIÓN ENTRE EL EFECTO DEROGATORIO Y LA DECLARATORIA DE INCONSTITUCIONALIDAD.....	82
---	----

<i>III.A. El efecto derogatorio.....</i>	83
--	----

<i>III.B. La derogación de los preceptos normativos por la pérdida de su vigencia, y la declaración de inconstitucionalidad por la falta de validez.....</i>	85
--	----

SECCIÓN IV. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA.....	91
--	----

<i>IV.A. El mito de la inconstitucionalidad sobrevenida.....</i>	93
--	----

<i>IV.B. La verdadera justificación de la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas jurídicas.....</i>	99
---	----

SECCIÓN V. LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE.	102
---	-----

<i>V.A. La perspectiva tradicional.....</i>	102
---	-----

<i>V.B. La derogación de las normas preconstitucionales a partir de la normatividad de la Constitución.</i>	103
--	-----

SECCIÓN VI. EL PRINCIPIO DE ULTRA-ACTIVIDAD DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y LA INVALIDEZ DE LOS EFECTOS DE LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES.....104

VI.A. El principio de ultra-actividad de las normas jurídicas.... 106

VI.B. Tipos de ultra-actividad. 108

VI.C. El juicio de validez sobre los efectos ultra-activos de las normas preconstitucionales. 111

VI.D. La interpretación conjunta de los artículos 10 y 197 de la Constitución Política de la República de Costa Rica. 117

CAPÍTULO II

LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.....133

SECCIÓN I.- APROXIMACIÓN AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD: CONCEPTO, SIGNIFICADO Y CONTENIDOS.134

I.A. El origen del bloque de constitucionalidad y las normas que lo componen en el sistema francés..... 138

a) El articulado de la Constitución de 1958:..... 142

b) El Preámbulo de la Constitución de 1958..... 147

c) La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789..... 153

d) El Preámbulo de la Constitución de 1946..... 156

e) Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República..... 160

f) Los principios generales del derecho de valor constitucional. 168

g) El derecho internacional: general como convencional. 170

h) Los reglamentos parlamentarios..... 174

i) La costumbre constitucional y las decisiones del Consejo Constitucional. 175

j) Las leyes ordinarias y los principios generales del derecho de valor legislativo..... 178

I.B. La recepción del bloque de constitucionalidad y su tratamiento en el ordenamiento jurídico español. 181

a) La Constitución Española de 1978..... 198

b) Los Estatutos de Autonomía..... 198

c) Las leyes orgánicas..... 201

d) Otras disposiciones:..... 204

<i>IC. El bloque de constitucionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense.....</i>	<i>205</i>
<i>a) La Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.</i>	<i>207</i>
<i>b) Las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa que establecen trámites sustanciales en el procedimiento de formación de las leyes.....</i>	<i>224</i>
<i>c) Los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.</i>	<i>226</i>
SECCIÓN II.- EL ALCANCE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD RESPECTO A LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES.....	229
<i>II.A. Las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico francés.....</i>	<i>230</i>
<i>II.B. Las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico español.....</i>	<i>236</i>
<i>II.C. Las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense. .</i>	<i>240</i>

CAPÍTULO III

EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA Y SU VINCULACIÓN CON LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES (ALEMANIA, ITALIA, ESPAÑA Y COSTA RICA).	245
<i>SECCIÓN I. LA COMPOSICIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES Y LA ADOPCIÓN DE SUS DECISIONES.</i>	<i>246</i>
<i>SECCIÓN II. EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.....</i>	<i>260</i>
<i>SECCIÓN III. EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.</i>	<i>277</i>
<i>SECCIÓN IV. EN LA RESOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES.....</i>	<i>300</i>
<i>SECCIÓN V. RESOLUCIÓN DE OTRO TIPO DE PROCEDIMIENTOS POR PARTE DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.....</i>	<i>306</i>

CAPÍTULO IV

LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES EN EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EUROPEO. ESTUDIO COMPARADO.319

SECCIÓN I. EL CONFLICTO NORMATIVO ENTRE LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES Y LA CONSTITUCIÓN EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EUROPEO. 320

I.A. Una aproximación preliminar: desde la derogación de las normas preconstitucionales. 322

I.B. Desde la perspectiva de la anulación de las normas preconstitucionales..... 324

SECCIÓN II. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN. 326

II.A. Las normas preconstitucionales en el sistema de justicia constitucional alemán, con motivo del control concreto de constitucionalidad (konkrete Normenkontrolle)..... 331

II.B. Las normas preconstitucionales en el sistema de justicia constitucional alemán, con ocasión del control abstracto de constitucionalidad (abstrakte Normenkontrolle). 336

SECCIÓN III. LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD ITALIANA..... 342

III.A. La solución del conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales durante el período 1947-1956, en el sistema de justicia constitucional italiano..... 343

III.B. La solución del conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales, al entrar en funcionamiento la Corte de Constitucionalidad Italiana (1956)..... 350

SECCIÓN IV. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL..... 362

IV.A. La cláusula de derogatoria de la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978..... 362

IV.B. Los criterios jurisprudenciales sostenidos por el Tribunal Constitucional Español. 373

CAPÍTULO V

LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE.....391

SECCIÓN. I LOS CRITERIOS DESARROLLADOS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA..... 396

I.A. La sentencia dictada en la sesión de 5 de marzo de 1970.... 404

I.B. La sentencia dictada en la sesión de 3 de septiembre de 1981 406

<i>I.C. La sentencia dictada en la sesión de 30 de julio de 1987.....</i>	<i>408</i>
<i>I.D. Análisis Jurisprudencial.....</i>	<i>409</i>
SECCIÓN II. LOS CRITERIOS DESARROLLADOS POR LA SALA CONSTITUCIONAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.....	413
<i>II.A. La sentencia de la Sala Constitucional No. 4091-94, de 9 de agosto.....</i>	<i>416</i>
<i>II.B. La sentencia de la Sala Constitucional No. 6497-96 de 2 de diciembre.</i>	<i>421</i>
<i>II.C. La sentencia de la Sala Constitucional No. 2004-5206 de 18 de mayo.....</i>	<i>431</i>
<i>II.D. Análisis Jurisprudencial.</i>	<i>437</i>

CAPÍTULO VI

LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	443
--	------------

<i>SECCIÓN I. LA NOCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.</i>	<i>449</i>
--	-------------------

<i>I.A. Las diferentes expresiones de la noción de los derechos humanos.</i>	<i>454</i>
---	------------

<i>I.B. Notas características de los derechos humanos.</i>	<i>460</i>
---	------------

<i>SECCIÓN II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....</i>	<i>464</i>
--	-------------------

<i>II.A. Desde la perspectiva del derecho interno.</i>	<i>464</i>
---	------------

<i>II.B. El proceso de internacionalización de los derechos humanos.</i>	<i>474</i>
---	------------

<i>SECCIÓN III. EL CARÁCTER NORMATIVO DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....</i>	<i>489</i>
--	-------------------

<i>III.A. El caso costarricense.....</i>	<i>497</i>
--	------------

<i>III.B. El caso español.....</i>	<i>508</i>
------------------------------------	------------

<i>SECCIÓN IV.- LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS COMO PARÁMETRO DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES..</i>	<i>527</i>
---	-------------------

<i>IV.A. En el sistema de justicia constitucional costarricense.</i>	<i>528</i>
---	------------

<i>IV.B. En el sistema de justicia constitucional español.....</i>	<i>533</i>
--	------------

**CAPÍTULO VII. LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES
FRENTE AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO..... 537**

SECCIÓN I. LOS PROCESOS DE INTEGRACIÓN..... 549

SECCIÓN II. LA UNIÓN EUROPEA..... 553

**SECCIÓN III.- LA PRIMACÍA DEL DERECHO COMUNITARIO FRENTE A
LA SUPREMACÍA DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS
MIEMBROS: LA PROTECCIÓN MULTIDIMENSIONAL DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN EL ESCENARIO EUROPEO..... 558**

**SECCIÓN IV.- LA DEROGACIÓN DE LAS NORMAS
PRECONSTITUCIONALES POR LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO
COMUNITARIO EUROPEO..... 567**

CONCLUSIONES.....571

BIBLIOGRAFÍA 597

I. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 597

II REFERENCIAS NORMATIVAS.641

III REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES (LAS MÁS RELEVANTES). 644

INTRODUCCIÓN

El reconocimiento de la Constitución como norma jurídica dotada de fuerza normativa es un postulado que hoy día no admite mayor discusión. Tampoco lo tiene la necesidad de asegurar la existencia de ciertas garantías políticas y jurídicas para velar por el respeto oportuno de la fuerza normativa de la Constitución y del principio de supremacía. De lo contrario, ya veremos como la normatividad de la Constitución queda despojada de todo contenido si no es acompañada por mecanismos que permitan hacerla valer frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos.

Lo anterior inicia a partir de la idea de la Constitución y del Constitucionalismo como una forma de limitación del poder; de ahí que siendo el poder la fuente del Derecho por excelencia y éste la forma que adopta la fuerza organizada, la Constitución procura brindar cierto ámbito de protección y alguna libertad. En este orden, es claro que la Constitución, la Justicia Constitucional, así como los derechos fundamentales, son construcciones jurídicas que cobran todo su sentido en cuanto sirven para limitar el ejercicio del poder y, con ello, garantizar la libertad de las

personas¹, inmunizándolas de los abusos del primero. De ahí que la Constitución no es otra cosa que un instrumento de control de poder y protección de los intereses de grupos minoritarios frente a la acción de las mayorías parlamentarias. No es otro el sentido de la Norma Constitucional en la actualidad, cuya reforma, justamente en razón del principio de rigidez constitucional, requiere un procedimiento especialmente agravado para su consecución, con lo que en cierta medida se necesita la participación de esos grupos minoritarios protegidos por la Constitución, frente a las acciones y las omisiones de las mencionadas mayorías.

A pesar de lo expuesto, ni en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, ni en la doctrina, existen acuerdos o líneas uniformes sobre los alcances del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, ni de su posición en la cúspide del ordenamiento jurídico. Algunas ideas mencionaremos sobre el particular, explorándose la forma en que la Constitución vincula las acciones y las omisiones de los poderes aludidos.

Así, en el caso del juicio de compatibilidad de las normas preconstitucionales (sea, aquellas disposiciones jurídicas cuyo vigor es

1 Ver Prieto Sanchís, L., Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Trotta, Madrid, segunda edición, 2009, pág. 9.

anterior a la Constitución) se han dado varias soluciones, pese a que la más evidente, según nuestro punto de vista, sería reconocer la potestad (es decir el poder-deber) de todo órgano jurisdiccional de tener por derogada la norma anterior a la Constitución que le resulta incompatible. Lo anterior a partir del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, en todos sus alcances, y la manera en que debe derogar todo el derecho anterior que directamente le resulte incompatible.

Esta potestad de los Órganos Jurisdiccionales, y de los Tribunales Constitucionales en su caso, ha sido proclamada expresamente en las Constituciones de Alemania, España y Costa Rica, las cuales contienen una cláusula de derogatoria de todo el derecho anterior a la Constitución que la contradiga.

Pero tampoco debería ser distinta la solución en el caso italiano (donde no se contempla dicha cláusula de derogatoria) teniendo en cuenta las distintas implicaciones del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, lo cual lógicamente implica la facultad de tener por derogado, expresa o tácitamente, todo el derecho anterior que se le opone. A pesar de lo expuesto, ya veremos que en ese sistema se ha desarrollado la institución de la inconstitucionalidad sobrevenida y se ha sometido al juicio de validez,

por parte de la Corte de Constitucionalidad Italiana a las normas preconstitucionales, pese a que más bien se debería efectuar un juicio de vigencia de tales disposiciones, justamente por ser anteriores a la Norma Fundamental.

En esta investigación precisamente se analizará el tema de la fuerza normativa de la Constitución frente a las normas preconstitucionales y las distintas soluciones que se han implementado para solventar ese juicio de incompatibilidad. Así, en algunas ocasiones se ha sostenido la posibilidad de realizar el control de constitucionalidad en términos de validez sobre tales normas, mientras que en otras se ha potenciado el efecto normativo de la Constitución y la derogación de todo el derecho anterior que le resulta incompatible, todo lo cual será visto más adelante.

Así, desde la premisa del carácter normativo de la Constitución, dice Pérez Tremps, queda claro que la Norma Fundamental debe prevalecer sobre las leyes anteriores que no concuerden con ella. De modo que para resolver esa antinomia, *“la teoría del Derecho aporta dos criterios básicos cuyas consecuencias jurídicas serán distintas: criterio jerárquico, en virtud del cual la Constitución como norma superior del ordenamiento se impone sobre las normas inferiores (lex superior derogat inferiori) y el criterio temporal, según el cual la ley posterior se*

impone sobre la anterior (lex posterior derogat priori). La solución a la que se llegue siempre deberá ser la misma: la supremacía de la Constitución’’².

De esta forma, en estas líneas serán defendidas las ideas relativas a la derogación del derecho anterior a la Constitución que le resulta incompatible, en cuanto es exigido no sólo por el reconocimiento de la fuerza normativa de la Ley Fundamental, sino también en el caso costarricense por la cláusula de derogatoria general que estipula el artículo 197 de la Constitución Política de 1949.

En virtud de lo anterior, es una facultad de todos los órganos jurisdiccionales, a la hora de dilucidar cuál es el derecho aplicable al caso concreto, la de tener por derogadas todas aquellas disposiciones anteriores a la Norma Fundamental que la contradicen. De ahí que el control de constitucionalidad únicamente se pueda producir sobre las normas vigentes, o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas pre y post constitucionales, todo lo cual será desarrollado con mayor profundidad más adelante en esta investigación.

2 Véase Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, pág. 146.

En este sentido, aunque la doctrina costarricense ha tenido la ocasión de examinar el tema de las normas preconstitucionales, en todas ellas se ha soslayado la vinculación existente entre estos preceptos y la fuerza normativa de la Constitución Política, la cual sin duda exige la abrogación de los primeros, así como la imposibilidad de asimilar el examen de vigencia que se debe producir respecto de las normas preconstitucionales, o el de validez de las normas vigentes y de los efectos ultra-activos de las normas derogadas pre y post constitucionales³.

Antes de examinar en concreto el aspecto medular de nuestra investigación, a saber, la facultad de todos los órganos jurisdiccionales y del Tribunal Constitucional de abrogar las normas preconstitucionales que se oponen a la Norma Fundamental, es preciso analizar los diversos alcances del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y sus implicaciones.

De esta manera, se debe tener en consideración algunos antecedentes históricos, así como los procesos que dieron origen al modelo norteamericano de control de constitucionalidad y el método difuso, el modelo europeo de control de constitucionalidad y el método concentrado,

3 Véase sobre el particular Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución en Costa Rica, Editorial Juriscentro, San José, 2003.

así como las argumentaciones relativas a la implementación del modelo “iberoamericano” de justicia constitucional, que normalmente se caracteriza por la implementación del método mixto de control⁴.

También serán examinadas las notas características de cada modelo de justicia constitucional, así como sus aportes con respecto al aseguramiento de la fuerza normativa de la Constitución y lo que constituye el aspecto central de la presente investigación: a saber, la resolución del

4 Cabe mencionar que en esta investigación no serán detallados, de manera exhaustiva dichos antecedentes históricos, pero en todo caso, sobre el particular es preciso revisar las siguientes obras Tócora, L. F., Control Constitucional y Derechos Humanos, Ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, 1992; Patiño Cruz, S. y Orozco Solano V., La Inconstitucionalidad por Omisión, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004; González-Trevijano Sánchez, P. J., El Tribunal Constitucional, Aranzandi, S. A., Navarra, 2007; Tocqueville, A., La Democracia en América, Tomo 1, Alianza, Madrid, 1989; Solís Fallas, A., La dimensión política de la Justicia Constitucional, Impresiones Gráficas del Este, S. A., San José, 2000; Rousseau, D., La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, E.J.A., Paris, 1998; Cappelletti, M., La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado), Universidad Autónoma de México, 1987; Aguiar de Luque, L., El Control de Constitucionalidad de Normas en el “Modelo Europeo de Justicia Constitucional, en memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Homenaje al Dr. Rodolfo E. Piza E, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica; Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Fundamentos de la democracia constitucional, Tecnos, S.A., Madrid, 1998.; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Constitucionales y Democracia, Dirección de Planeación de los Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008; Suprema Corte de Justicia de la Nación, Elementos de Derecho Procesal Constitucional, Dirección de Planeación de los Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006; y Fernández Segado, F., El sistema constitucional español, Dykinson, Madrid, 1992.

conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales que la contradicen.

En este sentido, si se admite en todos sus extremos la normatividad de la Constitución, a todas luces es evidente que todos sus preceptos son exigibles a las autoridades públicas sin posibilidad de excusa alguna. De igual forma es evidente que la Constitución no sólo es norma, sino también es suprema, y superior a las demás fuentes del ordenamiento jurídico, de tal manera que debe ser observada por todos los poderes constituidos.

En este orden de ideas, no es posible concebir a la Constitución como norma suprema si no está dotada de una garantía que efectivamente la haga exigible; de ahí justamente han surgido los distintos modelos y los instrumentos que el Constitucionalismo ha desarrollado para asegurar el control.

Pero también es preciso tener en consideración las diversas implicaciones del principio de supremacía de la Constitución en el ordenamiento jurídico costarricense, sobre lo cual existe suficiente doctrina

tanto en el ámbito nacional como extranjero⁵. Sobre el particular, también son relevantes los criterios jurisprudenciales asumidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, el Tribunal Constitucional Español y la Sala Constituiconal de la Corte Suprema de Justicia, todos los cuales serán repasados en esta investigación.

Bajo esta inteligencia será analizada, en concreto, lo que nos parece la mejor solución, a saber, la derogación de las normas preconstitucionales por la fuerza normativa de la Constitución, así como la distinción entre las nociones de vigencia y validez de una norma jurídica, la derogación y el control de constitucionalidad.

De este modo, mientras el efecto derogatorio se produce en un plano horizontal con respecto a la vigencia de una norma jurídica, el control de constitucionalidad por el contrario se valora desde una perspectiva vertical, de todo el ordenamiento infraconstitucional con respecto a la Constitución.

5 Sobre el particular, bien se puede revisar Sagüés, N. P., Derecho Procesal Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1989; Muñoz Machado, S., Constitución, Iustel Publicaciones, Madrid, 2004; García de Enterría, E. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Thomson-Cívitas, 2006. Piza Escalante, R., Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución, en Jurisdicción Constitucional, varios autores, Juricentro, San José, 1993; Hesse, K., Escritos de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Segunda Edición, Madrid, 1992.

De ahí justamente que si la norma no se adecua al Derecho de la Constitución, y si no es posible realizar de ella alguna interpretación conforme al texto o al sentido de la Norma Fundamental, el Juez Constitucional debe declarar su inadecuación con respecto a la Constitución.

En este sentido, también se efectuarán algunos comentarios acerca de la contradicción que supone el concepto de la inconstitucionalidad sobrevenida, la cual como se verá luego, parte de una confusión de los términos aludidos: declaratoria de inconstitucionalidad (nulidad, validez), y el efecto derogatorio (que se refiere a la pérdida de vigencia de una norma jurídica).

Asimismo, se examinará la verdadera justificación de esta institución (la inconstitucionalidad sobrevenida) y los motivos por los cuales fue utilizada por la Corte de Constitucionalidad en aquella famosa sentencia de 1956, justamente cuando entró en funcionamiento ese Órgano Jurisdiccional.

Pero también serán revisados en alguna medida los criterios jurisprudenciales en el sistema italiano durante el período 1947-1956, en el

cual había entrado en vigencia la Constitución Italiana de 1947, pero aún no había comenzado a funcionar la Corte de Constitucionalidad. En este sentido, como se verá con algún detalle más adelante, en ese período el control de constitucionalidad se había encomendado a los tribunales ordinarios, pero con resultados nada satisfactorios.

Además, será revisado el principio de ultra-actividad de las normas jurídicas y la potestad de los Tribunales Constitucionales de declarar la invalidez de los efectos sobrevivientes de las normas preconstitucionales, que previamente han sido derogadas por ser incompatibles frente al texto de la Norma Fundamental.

De igual modo, serán revisadas las relaciones entre las normas preconstitucionales y lo que la doctrina especializada ha denominado (a partir del ordenamiento jurídico francés, y al examinar las decisiones del Consejo Constitucional para determinar el parámetro de control de todo el ordenamiento infraconstitucional), el bloque de constitucionalidad. Pero con anterioridad, se examinará qué normas jurídicas componen el bloque en el sistema francés, el español y el costarricense, para luego examinar en concreto sus interacciones con las normas preconstitucionales.

Luego serán estudiados los criterios que han sostenido algunos Tribunales Constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo (entre ellos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español) sobre el conflicto entre las normas preconstitucionales y la Ley Fundamental, teniéndose en consideración las distintas competencias de estos órganos jurisdiccionales, las cuales serán repasadas desde una perspectiva de Derecho Comparado, sobre lo cual existe bastante doctrina en el derecho extranjero⁶.

Sobre el particular, se han escogido esos Órganos Jurisdiccionales porque son los que han adoptado soluciones relevantes con respecto al conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución, a diferencia del Consejo Constitucional Francés, que como se verá más adelante, únicamente ha realizado sus funciones de control de constitucionalidad de modo previo (antes de la entrada en vigencia de la

6 Al respecto, se puede consultar: Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 2007; Simon, H. y otros., Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2001; Hass, E., La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal Alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004; Pizzorusso, A., Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo II, tercera edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; Cascajo Castro, J. L. y Gimeno Sendra V., El Recurso de Amparo, Tecnos, Segunda Edición, Madrid; García Murillo, J., Derecho Constitucional, Tercera Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

norma cuestionada), motivo por el cual prácticamente no ha tenido la ocasión de conocer sobre la regularidad constitucional de los preceptos constitucionales. Lo anterior no ha sido impedimento, sin embargo, para revisar brevemente las competencias de ese Órgano en el capítulo relativo entre las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad, así como su composición.

Nótese que a los principales Tribunales Constitucionales normalmente se les ha atribuido las funciones relativas al control de constitucionalidad (es decir, la facultad de determinar la regularidad de todo el ordenamiento infraconstitucional con respecto a la Constitución), la tutela de los derechos fundamentales por medio del recurso de amparo o queja constitucional (cuyos procedimientos serán detallados en esta investigación), así como las funciones de arbitraje y de resolución de los conflictos de competencias entre los órganos constitucionales del Estado, lo cual cobra especial relevancia en aquellos Estados compuestos (como España o Alemania), en que normalmente se confunden o se solapan las relaciones o las competencias Estatales y de las Comunidades Autónomas (en España), o el Estado y los *Länder*, en Alemania. Pero el supuesto Italiano tampoco es muy distinto, si se analiza con detenimiento las interacciones entre el Estado y sus regiones.

Pero también se les ha asignado a alguno de los tribunales constitucionales otro tipo de competencias o funciones que pueden ser denominadas particulares, entre ellas,

- el juicio por responsabilidad penal del Jefe de Estado y la admisibilidad del referéndum en el sistema Italiano;
- la posibilidad de juzgar sobre la compatibilidad constitucional de un partido político en el sistema alemán,
- las funciones relativas a tribunales electorales que han sido encomendadas al Consejo Constitucional Francés;
- el procedimiento relativo a la defensa de la autonomía local, en el sistema de justicia constitucional español

Sobre tales competencias se dedicará algunas líneas en esta investigación, justamente por su gran relevancia y para tener una mejor perspectiva sobre las atribuciones que tradicionalmente han sido encomendadas a los modernos tribunales constitucionales en el modelo de

justicia constitucional europeo, frente a las que han sido asignadas a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, que en nuestro sistema no solo disfruta de la interpretación última y privilegiada de los preceptos constitucionales, sino también del monopolio del rechazo para expulsar del ordenamiento jurídico cualquier disposición que no se adecua al Derecho de la Constitución, todo lo cual será desarrollado infra.

Asimismo, serán analizados en forma detallada los distintos criterios que han sostenido la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, cuando le correspondía realizar el control de constitucionalidad, y la misma Sala Constitucional, sobre las normas preconstitucionales, teniendo en consideración los alcances de la cláusula de derogatoria general que estipula el artículo 197 constitucional, y la obligación de todos los Órganos Jurisdiccionales de tener por abrogadas las normas preconstitucionales que contradicen la Norma Fundamental.

En este orden de ideas, de todas las líneas jurisprudenciales analizadas, llama profundamente la atención que ambos Órganos Jurisdiccionales (tanto la Corte Suprema de Justicia como la Sala Constitucional), declararan la inconstitucionalidad de sendos preceptos

preconstitucionales por ser incompatibles frente a la Constitución derogada de 1871, con lo cual esa disposición ha servido en alguna ocasión como de parámetro para valorar la conformidad de los preceptos cuestionados en esas ocasiones, todo lo cual contradice los alcances del artículo 197 de la Constitución Política, que deroga todo el derecho anterior que se opone a la Constitución, incluyendo (desde luego), la Constitución de 1871, la cual por esa circunstancia está desprovista de todo valor normativo. Una interpretación contraria a la anterior supone una reforma material del artículo 197, todo lo que será analizado luego.

Pero también serán examinados algunos antecedentes históricos del control de constitucionalidad en la anterior Constitución de 1871, y la forma en que fue implantado en el sistema de justicia constitucional costarricense, así como el reconocimiento pleno de la fuerza normativa de la Constitución, que no se había producido sino con la reforma constitucional que dio origen a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, la cual (a partir de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución) ostenta el monopolio del rechazo para expulsar del ordenamiento jurídico cualquier disposición del ordenamiento jurídico que no sea conforme con el Derecho de la Constitución, en el marco de la aplicación de un método hiper-concentrado de Justicia Constitucional.

Finalmente, se examinará la vinculación y las relaciones entre las normas preconstitucionales y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto desde la perspectiva del ordenamiento jurídico costarricense, como en el español y, en términos más generales, del modelo europeo de justicia constitucional.

En el primer caso, como se explicará más adelante, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sólo integra el Derecho de la Constitución y el bloque de constitucionalidad, sino también, ostenta un valor supra-constitucional, de tal modo que si una disposición consagrada en esa norma reconoce o brinda mayor protección de un derecho fundamental que la propia Constitución, en este caso, el Instrumento Internacional de los Derechos Humanos prima sobre ella, como lo ha reconocido reiteradamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política.

Es distinto el panorama desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español, en el cual los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos no tienen o no constituyen un canon de validez independiente de todo el ordenamiento infra-constitucional, ni forman

parte del Derecho de la Constitución, sino que son utilizados como criterios de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española de 1978, de acuerdo con el artículo 10.2 ídem. Lo anterior con algunas salvedades que serán expuestas en el último capítulo de este estudio.

Cabe mencionar que excede el objeto de esta investigación el estudio de aquellas situaciones en que una norma jurídica deviene inconstitucional por efecto de la interpretación, o bien el caso de las normas postconstitucionales que llegan a contradecir la Norma Fundamental, luego de haberse producido una reforma parcial de la Constitución, sobre las cuales no se producirá comentario alguno por constituir ello objeto de toda otra investigación.

Tampoco serán examinados los casos de las mutaciones constitucionales, en las cuales lo que cambia es el sentido de las normas constitucionales por efecto de la interpretación, y de las condiciones, políticas, sociales, culturales y económicas que la condicionan⁷, aunque sí se

⁷ Véase Dau-Lin, H., *Mutación de la Constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998, pág. 45. Sobre el particular, Dau-Lin (jurista chino quien era discípulo de Smend), señaló: *"cabe, también, una mutación constitucional mediante la interpretación: particularmente cuando los preceptos constitucionales sólo se interpretan según consideraciones y necesidades que cambian con el tiempo sin*

indicará aunque de manera colateral en qué se supuestos se han producido sendas mutaciones constitucionales a apartir de ciertas interpretaciones de las normas y los preceptos que integran la Constitución.

Finalmente, exploraremos las relaciones entre el Derecho Comunitario y las normas preconstitucionales, así como entre los principios de primacía del derecho comunitario frente a la superioridad normativa de los Estados miembros, según han sido desarrollados por algunos tribunales constitucionales, con motivo de la aprobación del Tratado de Lisboa, que recientemente entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

En todo caso, los conflictos planteados en esta investigación por sí mismo generan múltiples posiciones, tal como será detallado a continuación.

atender particularmente al texto fijo de la Constitución, o sin que se considere el sentido originario que dio el constituyente a las normas constitucionales en cuestión. La norma constitucional queda intacta, pero la práctica constitucional que pretende seguirlas, es distinta. Lo que se infiere de la Constitución un día como derecho ya no lo es posteriormente. La Constitución experimenta una mutación en tanto que sus normas reciben otro contenido, en la medida que sus preceptos regulan otras circunstancias distintas de las antes imaginadas"

CAPÍTULO I.

LA NORMATIVIDAD DE LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LA VIGENCIA Y LA VALIDEZ DE UNA NORMA JURÍDICA.

Antes de analizar con detalle las distintas implicaciones del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución sobre las normas preconstitucionales, así como la obligación de parte de todos los Órganos Jurisdiccionales (y de la misma Sala Constitucional) de tener por derogadas aquellas disposiciones anteriores a la Constitución que contradicen los preceptos constitucionales, es indispensable realizar algunos comentarios sobre las nociones relativas a la normatividad de la Constitución, y a su plena exigibilidad frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes constituidos.

En este sentido, y una vez aceptadas las ideas relativas al reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, también es preciso afirmar que “*es connatural a la formación de la Constitución la predisposición de recursos encaminados a garantizar su observancia y supervivencia*”⁸. En efecto, de

8 Ver De Vergottini, G., Derecho Constitucional Comparado, Universidad, Buenos Aires, 2005, pág. 197; en igual sentido el lector puede consultar López Guerra, L., Introducción al Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 193 y Ventura Rodríguez, M., La categoría jurídica de las relaciones de sujeción especial en el derecho público costarricense, Litografía e Imprenta Lil, S.A., San José, 2004, págs. 124-125.

ninguna manera es posible defender la posición privilegiada de la Constitución en el ordenamiento jurídico, y su carácter normativo, si no se establecen controles frente a las acciones y las omisiones de las autoridades públicas que soslayan las normas constitucionales.

Sección I. La normatividad y la supremacía de la Constitución.

Antes de examinar con detenimiento la resolución del conflicto que ha motivado esta investigación (entre las normas preconstitucionales y el Texto Fundamental), es preciso en esta investigación no solo insistir sobre el carácter normativo de la Constitución, que supone como condición necesaria y suficiente el establecimiento de mecanismos jurídicos para su defensa, sino también analizar, aunque de manera breve, cuáles han sido los modelos y los métodos, así como sus características particulares, que el Constitucionalismo ha desarrollado para asegurar su observancia oportuna frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos. Ello lógicamente nos obliga a repasar las características particulares de los modelos norteamericano y europeo de control de constitucionalidad, que se particularizan respectivamente por la aplicación de los métodos difuso y concentrado de control de constitucionalidad. Ya examinaremos con algún detalle los elementos particulares de cada uno de éstos.

Sobre el particular, Sagüés sostiene que no se puede verificar un sistema de justicia constitucional, si no concurren varios elementos, entre ellos, la existencia de una Constitución total o parcialmente rígida (es decir, cuyos mecanismos de reforma o de revisión son especialmente más agravados que para la emisión de una norma con rango de ley) y la implementación de un órgano (o varios de ellos, como en el supuesto norteamericano) autónomo e independiente, a quien se encomiende la función de controlar la regularidad constitucional⁹. De igual modo, Bidart Campos y Carnota reconocen que *“cada vez se ha hecho carne en distintas partes del mundo que no basta la declaración escrituraria de derechos si no va acompañada de aptos o idóneos para que la hagan efectiva. En suma las premisas básicas del constitucionalismo clásico o moderado que hemos estudiado como escritura, supremacía y rigidez no alcanzan por sí solos o no tienen virtualidad suficiente para funcionar cabalmente de manera autónoma”*¹⁰.

Pero las ideas relativas al reconocimiento de la Constitución como norma, plenamente exigible a la actuación de los poderes públicos, no se dio de manera espontánea ni ha sido admitida de manera uniforme, sino que constituye un aporte sustancial del Constitucionalismo Norteamericano

9 Véase Sagüés, N. P., Derecho Procesal Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1989, pág. 30.

10 Véase Bidart Campos, G., y Carnota, W., Derecho Constitucional Comparado, Tomo I, Ediar Ediciones, primera edición, Buenos Aires, 2001, págs. 113 y 114.

y de un desarrollo histórico que culminó con la capital sentencia en 1803 dictada por el Juez Marshall, en el asunto *Marbury vrs. Madison*¹¹.

A partir de esta sentencia fue admitido en el Constitucionalismo Norteamericano no sólo la competencia de los tribunales ordinarios de inaplicar, al resolver un asunto concreto, todas aquellas disposiciones infraconstitucionales que contradicen los preceptos de la Norma

11 Al respecto, el lector puede consultar: García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y ..., op. cit., pág. 61. Las circunstancias y los elementos políticos en que fue dictada esta sentencia han sido descritos por el Profesor Acosta Sánchez de la siguiente manera: *"cuando tras las elecciones de 1800 el nuevo Secretario de Estado, Madison, tomó posesión de su cargo encontró designaciones de jueces firmadas y selladas por el anterior gobierno que no habían sido expedidas, debido a las tensiones y premuras que rodearon el relevo político. Jefferson, nuevo Presidente, ordenó a Madison retenerlas. Los federalistas habían aprovechado hasta el último momento en el poder para situar el máximo número de sus partidarios en puestos judiciales, al amparo de la Circuit Court Act de 1801, anulada luego por los republicanos mediante la ley de marzo de 1802. Los cuatro afectados por las retenciones mencionadas, entre ellos William Marbury, recurrieron al Tribunal Supremo solicitando de éste un mandato de comparecencia (Writ of mandamus) para obligar a Madison a dar efectividad a los nombramientos paralizados. La demanda se basaba en la Sección 13 de la Judicial Act de 1789, que autorizaba al Tribunal Supremo para extender tal tipo de mandato". "Cuando el Tribunal Supremo comenzó sus sesiones en 1803 el aire estaba cargado de tensiones partidistas. Los dos grandes temores de los antifederalistas eran: 1) que el Tribunal emitiese el writ of mandamus contra Madison, y 2) que declarase inconstitucional la Circuit Court Act de 1802. La sentencia de Marshall fue sorprendente, y los más sorprendidos fueron sus propios adversarios políticos, que resultaban favorecidos por ella: no sólo declaraba fuera de la jurisdicción del Tribunal Supremo atender a la petición de los demandantes federalistas y respetaba la ley de los republicanos de 1802, sino que a la vez declaraba la inconstitucionalidad de la Sección 13 del Acta Judicial de 1789 que en su día había sido aprobada por los federalistas, es decir, su propio partido". Véase Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., pág. 117.*

Fundamental, sino también las ideas relativas al reconocimiento normativo de la Constitución¹². Es claro que al dictar esta sentencia, el Juez John Marshall tiene como mentor a Hamilton, *“quien ocupa un lugar estelar en la problemática de la constitucionalidad de las leyes, como autor de la primera doctrina sobre la materia, publicada en el artículo 78 de El Federalista”*¹³. En este sentido, su razonamiento puede ser descrito del siguiente modo: *“la interpretación de las leyes es tarea propia y peculiar de los tribunales (...), una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos corresponde, por tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriera que entre los dos significados hay discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella norma que posee fuerza obligatoria y validez superiores; debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la de sus mandatarios”*¹⁴.

12 Cabe mencionar que el criterio sostenido por el Juez Marshall en el asunto *Marbury vrs. Madison* no fue reiterado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, sino 54 años después en el caso de *Dredd Scott*, en 1857, con lo que inicialmente se trató de una potestad más bien expecional por parte de los tribunales ordinarios de inaplicar las disposiciones legales que resultan incompatibles frente a los preceptos de la Norma Fundamental. Ver Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., pág. 115.

13 Véase Acosta Sánchez J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., pág. 106.

14 Ver Acosta Sánchez J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., págs. 107-108.

Ahora bien, toda esta situación (como lo expone Jurado Fernández¹⁵), dio origen a la implementación del modelo norteamericano de control de constitucionalidad y a la utilización del método difuso de control, que se caracteriza por la *judicial review*, es decir por la potestad de los tribunales ordinarios de desaplicar, como se ha dicho, los preceptos que contradicen la Carta Magna. Como se puede apreciar, esta inaplicación del precepto legal por ser incompatible frente a la Constitución es dictada por el juez en el marco de un caso concreto, de ahí que sus efectos inicialmente no trascienden de ese asunto, aunque por el carácter vinculante del precedente que en el sistema norteamericano tienen las sentencias de los tribunales superiores, es claro también que esos efectos de manera indirecta trascienden del caso particular que es conocido por el Juez, hacia los

15 En esta investigación se repiten los términos empleados por Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución..., Juriscentro, San José, Costa Rica, 2003, pág. 26, entre modelo, método y sistema según el cual: "*un modelo es resultado de una abstracción que resume las características generales y esenciales de los sistemas concretos, o de un sistema en particular, como ocurre con el llamado modelo norteamericano (o simplemente americano) que resume las características esenciales del sistema estadounidense de control de constitucionalidad y se presenta como el prototipo de un modelo basado en el método difuso de control. De esta forma, cuando, en el transcurso de este trabajo, se habla de sistema o sistemas se está haciendo referencia a una organización jurisdiccional específica (así, por ejemplo, el sistema español de control de constitucionalidad de normas) y cuando se habla de modelo, se hace referencia a una construcción meramente teórico-conceptual, por ejemplo, el modelo europeo que, a su vez, es tenido como prototipo del control concentrado de constitucionalidad*".

futuros que serán conocidos por los inferiores en el ejercicio de su actividad jurisdiccional.

En efecto, este modelo norteamericano de control de constitucionalidad, en palabras de Rousseau, se distingue “*par ses caractères diffus ou décentralisé, concret et principalement incidentiel et a posteriori*”¹⁶. Lo anterior por cuanto:

- En este ámbito todos los órganos jurisdiccionales, al dilucidar sobre la norma aplicable en un determinado conflicto de intereses, deben juzgar sobre la regularidad constitucional de esa disposición y, si el juicio resulta negativo, aplicar directamente el precepto constitucional por sobre esa norma, la cual no surte efectos en el caso concreto;
- Únicamente los órganos jurisdiccionales o los tribunales ordinarios pueden realizar las funciones relativas al control de constitucionalidad, en tanto que los servidores y las dependencias

16 Ver Rousseau, D., La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, E.J.A., Paris, 1998, pág. 16. “*El modelo norteamericano se distingue por sus caracteres difuso y descentralizado, concreto y principalmente incidental y a posteriori*”. Sobre los alcances del modelo norteamericano de control de constitucionalidad y la aplicación del método difuso, el lector bien puede consultar: Solís Fallas, A.,. La dimensión política de la ..., op. cit., pág. 41; y Tócora, L. F., Control Constitucional y ..., op. cit., pág. 53.

administrativas siempre permanecen vinculados por las disposiciones con rango de ley; lo anterior justamente en aplicación de la *judicial review*, es decir la potestad de los tribunales ordinarios de examinar la regularidad con respecto a la Norma Fundamental de los preceptos infraconstitucionales;

- Las decisiones de los tribunales ordinarios, al aplicar el método difuso de control de constitucionalidad, únicamente producen efectos “*inter partes*”, es decir, para el caso concreto que resuelven, sin perjuicio desde luego que esos efectos se extiendan de manera indirecta con respecto a la jurisprudencia de los tribunales inferiores, por el carácter vinculante del precedente en el sistema nortamericano;
- Pero también se caracteriza este método por la naturaleza no constitutiva sino declarativa de los actos de los tribunales ordinarios, quienes se limitan a inaplicar una disposición infraconstitucional, al constatar un vicio de inconstitucionalidad ya existente en esa norma¹⁷.

17 Sobre todo lo anterior, el lector puede revisar Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución ..., op. cit., y Orozco Solano, V., La fuerza normativa de la Constitución, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, 2008.

En suma, y de acuerdo con De Vergottini, en la hipótesis del método difuso, todo juez tiene la capacidad de verificar la compatibilidad de una norma con respecto a la Constitución, pero no posee, sin embargo, la facultad de declarar su nulidad, sino que la inaplica al caso concreto¹⁸.

Cabe mencionar que a este modelo de control de constitucionalidad se ha criticado la inseguridad y la incertidumbre jurídica que puede causar el hecho que se haya encomendado a todos los tribunales ordinarios las funciones relativas a la justicia constitucional. En este sentido, bien se puede dar el caso que un órgano jurisdiccional determine que una norma no lesiona el Derecho de la Constitución, mientras que otro efectivamente la inaplique por estimarla contraria a la Carta Magna. Pues bien, a ello se ha respondido que esa dispersión jurisprudencial puede ser evitada por el valor vinculante de los precedentes de los tribunales de mayor jerarquía, en aplicación del principio de “*stare decisis*”, el cual es el fundamento anglosajón de los precedentes jurisdiccionales¹⁹.

18 Véase De Vergottini, G., Derecho Constitucional ..., op. cit., págs. 175-182.

19 Véase Solís Fallas, A., La dimensión política de la ..., op. cit., pág. 41; y Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución ..., op. cit., pág. 32.

En este orden de ideas, desde ningún punto de vista es posible soslayar el criterio sostenido en 1958 por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en el asunto “*Cooper vs. Aaron*”, en el cual señaló que la interpretación que ella realiza sobre la Constitución es “*la ley suprema de la tierra*”, y vincula lógicamente las actuaciones de los demás órganos jurisdiccionales, así como del Poder Ejecutivo y del Legislativo²⁰.

Esta sentencia, de acuerdo con Sagüés, “*importa una suerte de segundo Marbury vs. Madison, por su trascendencia institucional; y que de algún modo significativo altera las bases del sistema histórico inicial difuso de control de constitucionalidad, dado que, cuando la Corte define algún tema constitucional, los tribunales inferiores tienen recortada su capacidad de juzgamiento sobre tal punto, al tener que conformarse y aplicar en todos los casos que tengan que decidir, lo dicho por la Corte*”²¹.

20 Ver Sagüés, N. P. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Fundación Konrad -Adenauer- Stiftung; Buenos Aires, 2006, págs. 266 y 267.

21 Véase Sagüés, N. P. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, op. cit., págs. 266 y 267. Un estudio especialmente relevante sobre el carácter, actualmente menos difuso, y en ciertos ámbitos concentrado del sistema norteamericano, puede ser hallado en Sagüés, M., S., Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004.

De este modo, el principio del “*stare decisis*” parte según la doctrina de dos supuestos: el primero, resolver una litis concreta y, el segundo, incidir sobre casos futuros que atiendan conflictos análogos²². Además, dicho principio se sustenta en los siguientes criterios:

- el de igualdad, en cuya razón los litigantes pueden aspirar a un trato idéntico por parte de los tribunales si se proyecta el precedente;
- previsibilidad, que permite a los operadores jurídicos conocer o saber a qué atenerse a futuro con respecto a las decisiones de los tribunales;
- economía, por el ahorro de energía y de tiempo que se produce al aplicar los criterios jurisprudenciales sentados con anterioridad a los casos nuevos;

²² Véase Sagüés, N. P. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, op. cit., pág. 269.

- y respeto, a la investidura, el acierto y la sabiduría de los jueces anteriores²³.

En suma y, de acuerdo con María Sofía Sagüés, el “*stare decisis*” vigente en el *common law* contribuyó a la consolidación del rol de intérprete constitucional de la Suprema Corte de Justicia y la profundización de su papel como tribunal constitucional concentrado en la práctica²⁴.

Pero es preciso aclarar que no todo lo que se dice en una sentencia, bajo la óptica del principio del “*stare decisis*” tiene el mismo carácter vinculante, ni todas las sentencias valen lo mismo. Sobre el particular es preciso distinguir a la jurisprudencia persuasiva (*persuasive precedents*), que proviene de tribunales de otras jurisdicciones o de un nivel igual al que debe decidir un proceso y la que tiene divergencias, también denominada jurisprudencia contradictoria o minoritaria. También existe la jurisprudencia

23 Sobre lo anterior el lector puede consultar: Farnsworth, E. A., Introducción al sistema legal de los Estados Unidos, Zavallía, Buenos Aires, 1990, pág. 74. Citado por Sagüés, N. P. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, op. cit., pág. 269.

24 Véase Sagüés, M., S., Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial, op. cit., pág. 223.

imperativa (*binding precedents*), que sí es vinculante y es la que emana de un tribunal superior al que conoce el caso²⁵.

De igual manera, dentro de este último tipo de sentencias, cabe distinguir entre el *holding* (o *ratio decidendi*, como es usual en Inglaterra), es decir, lo necesariamente sostenido por un tribunal para resolver un conflicto de intereses, y el *obiter, u obiter dictum*, que no es indispensable a ese fin²⁶. Al respecto, el profesor argentino aclara que el *obiter dictum* normalmente “*no es jurisprudencia imperativa aunque pueda tener algunas veces especial respeto, en función de la calidad jurídica del juez que lo expuso*”²⁷.

Cabe indicar que las ideas relativas al reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, y el establecimiento de garantías para asegurar la observancia oportuna de la Norma Fundamental, frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes constituidos, no fueron bien recibidas en Europa durante el siglo XIX. En este sentido, en esta época más bien imperó el principio de primacía de la ley como criterio para solventar los problemas sobre la división de poderes, lo que corresponde al

25 Véase Sagüés, N. P. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, op. cit., pág. 269.

26 Véase Sagüés, N. P. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, op. cit., págs. 269-270.

27 Ver Véase Sagüés, N. P. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, op. cit., pág. 270.

período histórico que dio origen al Estado Liberal en Francia²⁸. De esta manera, en esta época más bien el control de constitucionalidad fue desplegado por el Parlamento, y en el marco de un control político, caracterizado por su ejercicio discrecional.

Sobre el particular, el jurista Acosta Sánchez sostiene que las constituciones alemanas y francesas del siglo XIX son expresiones de un Constitucionalismo sin Constitución²⁹, justamente porque estaban desprovistas de garantías jurisdiccionales. Por su parte, Gustavo Zagrebelsky advierte que *“así como el siglo XIX fue el siglo de los parlamentos, el XX ha sido el de la justicia constitucional”*³⁰.

28 Ver Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución, op. cit., pág. 34.

29 Véase Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., págs. 149-150.

30 Véase Zagrebelsky G., Principios y Votos. El Tribunal Constitucional y la Política, Trotta, Madrid, 2008, pág. 36. Esta situación ha sido analizada por Fernández Rodríguez del siguiente modo: *“la justicia constitucional tardará en encontrar correlato práctico en Europa por diversas razones, entre las que se hallan, en el plano jurídico, el principio de la supremacía del parlamento (y, por lo tanto, de su producto más genuino, la ley, que se predica infalible como muestra el dogma rousseauniano), y, en el campo político, tanto la reacción de las potencias absolutistas tras la caída de Napoleón en defensa del principio monárquico como las posturas de los integrantes de la izquierda hegeliana con Lasalle a la cabeza. El carácter normativo y supremo de la Constitución pierde consistencia y con él la argumentación teórica de la necesidad de fiscalizar la acomodación del resto de las normas a ella. La teoría de la soberanía compartida y la praxis de constituciones pactadas y otorgadas inciden en idéntica línea. Además, en Europa existía una concepción muy diferente de la norteamericana en lo que atañe a la separación de poderes y a la estructura del entramado jurisdiccional (no hay, como en Estados Unidos unidad de jurisdicciones), al margen de la desconfianza hacia los jueces heredada de la revolución francesa. En efecto, en contraste*

En este orden de ideas, Fernández Rodríguez explica que si bien el concepto revolucionario de las constituciones europeas es similar al norteamericano (en cuanto contemplan no sólo la separación de poderes y garantías de los derechos), en esta época fueron desestimados de manera anticipada todos los intentos de realizar un control de constitucionalidad. De ahí que la propuesta del *jurie constitutionnaire* de Siéyes de 1795, más bien fue una de control político y no jurisdiccional, aunque se preveía la declaratoria de nulidad de los actos que se consideren inconstitucionales³¹.

De lo anterior se deduce, con toda claridad, que las ideas aludidas no fueron receptadas por el Constitucionalismo Europeo sino hasta principios del siglo XX, aunque con notables diferencias de los postulados desarrollados en Norteamérica, por dos vías: una, que responde a la articulación del Imperio Alemán y la Monarquía Austro-húngara (que dio origen a la Constitución Weimar, en cuya razón se encomendó a un tribunal la competencia para resolver los conflictos entre “*los poderes constitucionales*”)

con la imagen del juez norteamericano, que asumía el rol de liberador frente a la opresión del Parlamento de la metrópoli inglesa, el juez europeo era un asistente del monarca en opresión. El Parlamento era visto en Europa como el órgano que lleva a cabo la lucha por la libertad al ser expresión de la soberanía nacional. Y la ley producto de la actividad parlamentaria expresaba la voluntad general, que rechazaba la posibilidad de sometimiento a un control de constitucionalidad” Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., págs. 28-29.

31 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 28.

y; la otra, la Constitución austriaca de 1920, que recoge los aportes del jurista más importante del siglo XX, Hans Kelsen³².

Así, en el diseño propuesto por Kelsen, se ha encomendado a un órgano especializado e independiente del Poder Judicial la defensa de la Constitución³³, a quien se atribuían funciones similares a las de un legislador negativo, por cuanto abrogaba con efectos ex nunc (constitutivos e irretroactivos) las disposiciones infraconstitucionales que contradecían las normas y los principios de la Carta Magna³⁴. En este sentido, la reticencia del Constitucionalismo Europeo de otorgar el control de constitucionalidad a los jueces, puede ser explicada no sólo por la concepción de Montesquieu en el sentido que el juez debe limitarse a aplicar con respecto al caso concreto la disposición legal correspondiente, pero es nula su participación

32 Ver Patiño Cruz, S. y Orozco Solano V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit., pág. 34.

33 Al respecto, véase Kelsen, H., ¿Quién debe ser el Guardián de la Constitución? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?) En Die Justiz 1930-31, Helt 11-12, bd. VI, 576-628).

34 Sobre el particular, el lector bien puede consultar: López Guerra, L., Introducción al Derecho..., op. cit., pág. 201; Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución ..., op. cit., pág. 39; Torres del Moral, A., Introducción al Derecho Constitucional, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1996, pág. 121; García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y..., op. cit., pág. 57; y Martínez Sospedra, M., El Tribunal Constitucional como órgano político, en Dirección General de lo Contencioso del Estado, El Tribunal Constitucional, vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, págs. 1794 y ss. Citado por Monroy Cabra, M., G., Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un estado social de derecho, En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004, pág. 23.

en la creación del derecho, a diferencia del modelo norteamericano, donde hemos visto la fuerza normativa no solo del carácter vinculante de los precedentes, sino también de la propia Constitución, la cual ha de ser aplicada por sobre las disposiciones constitucionales que se le oponen.

En este sentido, en el modelo europeo si bien la jurisprudencia de los tribunales anteriores no tiene la fuerza normativa de los precedentes en el modelo norteamericano, de manera indirecta prevalece ante la impugnación de las sentencias que son emitidas por los tribunales inferiores en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. En este caso, si la sentencia del inferior contradice la línea jurisprudencial que sobre un tema ha fijado el supremo, por ejemplo, es previsible que el supremo o el tribunal de alzada, haga prevalecer su criterio jurisprudencial por el del inferior, de ahí que en un caso futuro y ante la posibilidad que en apelación el superior revierta un determinado fallo, el inferior ahora lo resuelva teniendo en cuenta la línea jurisprudencial del tribunal de alzada.

Otra discusión es si existe con respecto al tribunal de alzada y en un tema determinado una línea jurisprudencial uniforme que pueda ser observada por el a quo, lo que dependerá del caso concreto que se trate. En este sentido Ferreres Comella se ha mostrado reticente en cuanto a la

posibilidad de atribuir a los jueces, en el marco del modelo europeo de control de constitucionalidad, la función aludida, fundamentalmente por razones de seguridad jurídica y ante la dispersión jurisprudencial que dicha posibilidad conllevaría. En palabras del autor: *“en muchos países de la Europa continental, el modelo descentralizado podría provocar altos niveles de inseguridad jurídica, como consecuencia de tres factores. En primer lugar, el poder judicial está dividido en varias jurisdicciones, presidida cada una de ellas por un tribunal superior específico. No hay, por tanto, propiamente, un único tribunal supremo, sino varios. En segundo lugar, estos tribunales supremos tienen una composición muy numerosa, como consecuencia del enorme volumen de casos que tienen que resolver. En tercer lugar, en la tradición del civil law no opera la doctrina del precedente. Los tribunales inferiores no están formalmente vinculados por la interpretación del Derecho efectuada por el tribunal superior, y este tribunal superior no se encuentra vinculado por sus decisiones anteriores. Dadas estas tres características estructurales del poder judicial ordinario, no se puede implantar entonces un modelo descentralizado de control de constitucionalidad de la ley, pues no habría un sistema efectivo para unificar criterios y evitar las discrepancias entre los diversos tribunales acerca de si una determinada ley es o no constitucional”*³⁵.

Cabe mencionar que el modelo europeo de control de constitucionalidad, y el método concentrado de control no fueron

35 Véase Ferreres Comella, V., Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional, Revista de Administración Pública, núm. 65 (III), 2003, pág. 76.

implementados por el Constitucionalismo Europeo sino hasta luego del período entre guerras, teniéndose en cuenta los antecedentes de las constitucionales de Austria, Weimar, Checoslovaquia y España³⁶. En este sentido, son ejemplos paradigmáticos el Tribunal Constitucional Federal Alemán que se implantó luego de la aprobación de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, así como la Corte de Constitucionalidad Italiana, que inició sus funciones hasta en el año 1956, pese a que la Constitución había sido aprobada en 1947.

Entre las notas características que mayoritariamente distinguen a los países que han adoptado el modelo europeo de control de constitucionalidad y el método concentrado, es preciso mencionar las siguientes:

- En primer lugar, por haberse encomendado con carácter de monopolio la revisión judicial de la ley a un órgano especializado, único y específico, normalmente situado fuera del Poder Judicial³⁷. En este sentido, la ubicación del control de constitucionalidad en un órgano independiente del Poder Judicial

36 Véase Aguiar de Luque, L., El Control de Constitucionalidad de Normas en el "Modelo Europeo de Justicia Constitucional, op. cit., pág. 25.

37 Véase Aguiar de Luque, L., El Control de Constitucionalidad de Normas en el "Modelo, op. cit., pág. 26.

bien se entiende por la desconfianza a los jueces, que en el caso alemán, o incluso más adelante en el español, provenían del anterior régimen, pero también por el carácter de primacía que se otorgaba en aquel entonces a la legislación, como expresión de la voluntad del pueblo soberano, que explicaba en gran medida la participación reducida del juez en la creación del Derecho.

- En segundo, por la implementación de procedimientos particulares para que el Tribunal Constitucional determine la regularidad constitucional de las actuaciones y las omisiones de los poderes constituidos; en este sentido, lo usual es la previsión de un proceso autónomo y abstracto, en el cual se valora la conformidad de la norma infraconstitucional al margen de su posible aplicación a un caso concreto³⁸. En este proceso normalmente se ha otorgado legitimación a ciertos órganos estatales para interponerlo, no así a los particulares, que en contadas ocasiones se les ha concedido legitimación para entablar una acción o un recurso de inconstitucionalidad, pero ciertamente no ha sido el caso alemán, ni el italiano ni el español.

38 Ver Aguiar de Luque, L., El Control de Constitucionalidad de Normas en el "Modelo ...", op. cit., pág. 26.

- Tercero, y en lo que atañe a los efectos de los pronunciamientos de los Tribunales Constitucionales, normalmente son de alcance general, retroactivos y declarativos de una inconstitucionalidad ya existente, desde el momento de la emisión de la norma cuestionada³⁹. Es decir, se entiende que el alcance de la anulación decretada por el Tribunal se extiende justamente hasta el momento en que la norma nació a la vida jurídica, la cual pese a que existía por encontrarse vigente, no superaba el juicio de adecuación o de conformidad a la Constitución y, por ello, era invalida, hasta que esta situación fue constatada por los órganos a los cuales se les ha otorgado como hemos visto el monopolio del rechazo, para expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones que no se ajustaban al Derecho de la Constitución;

- Cuarto, y a diferencia de los Tribunales Constitucionales que disfrutaban del monopolio del rechazo, *Verwerfungsmonopol* (es decir de la competencia para resolver, con exclusividad y de manera

39 Cabe mencionar que en el modelo originalmente diseñado por Hans Kelsen los efectos de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional más bien eran catalogados como ex nunc, es decir constitutivos e irretroactivos a partir de la declaratoria de inconstitucionalidad. Por estas razones, Kelsen calificó a estos tribunales como legisladores negativos, pues según él, estos órganos derogaban una disposición que vulneraba los principios y los preceptos constitucionales.

definitiva, sobre la regularidad constitucional de la ley⁴⁰), los tribunales ordinarios permanecen fuertemente vinculados a su legislación y a su observancia efectiva, salvo en el caso en que la consideren inconstitucional y deban plantear entonces la cuestión de constitucionalidad (la consulta judicial), para que sea el Tribunal Constitucional quien expulse del ordenamiento jurídico esa disposición si comparte la sospecha o el reproche del juez ordinario⁴¹. Por el contrario, si estiman que la norma infraconstitucional es compatible con la Constitución, o es susceptible de una interpretación conforme a ella, entonces aplican ambas disposiciones de manera conjunta: la Constitución y la ley.

- Quinto, por haberse encomendado a los Tribunales Constitucionales, en su gran mayoría, otras funciones que no se corresponden estrictamente con el control de constitucionalidad, entre ellas, la resolución de los conflictos positivos y negativos de competencia entre los órganos constitucionales del Estado⁴² (que

40 Véase Bachof, O., Jueces y Constitución, Cívitas, Sociedad Anónima, Madrid, 1895, pág. 33.

41 Véase Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución ..., op. cit., pág. 46.

42 Véase Monroy Cabra, M. G., Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales..., en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, op. cit., pág. 21.

son particularmente relevantes en aquellos países como Alemania, Italia y España: el primero entre la Federación y los *Länder*; el segundo entre la República y las regiones; y el tercero entre el Estado Monárquico español y las Comunidades Autónomas), así como la tutela de los derechos fundamentales mediante un procedimiento especializado, normalmente llamado recurso de amparo⁴³ o queja constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)⁴⁴, salvo el

43 Cabe mencionar que en el sistema de justicia constitucional español, el recurso de amparo ha sido previsto en el artículo 53.2 de la Constitución Española de diciembre de 1978, que le atribuye al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de las violaciones a las libertades y los derechos reconocidos en el artículo 14 y en la Sección primera del Capítulo II de esa Norma Fundamental, más la objeción de conciencia consagrada en el artículo 30 ídem. Sobre las notas características del recurso de amparo español, el lector bien puede consultar: García Morillo J. y otros, Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 502-503, Fernández Segado, F., El recurso de amparo en España, en el Derecho de amparo en el mundo, coordinadores Fix-Zamudio, H., y Ferrer Mac-gregor, E., op. cit., pág. 790 y Fernández Farreres, G., El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional, Comentarios al Título III de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Marcial PONS, Madrid, 1994.

44 Al respecto, el objeto del recurso de amparo alemán, o queja constitucional, está previsto en el §90.1 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, de la siguiente manera: "*Cualquier persona podrá elevar un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional Federal, cuando considere que uno de sus derechos fundamentales, contemplados en el artículo 20 núm. 4, los artículos 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental han sido violados por el poder público*". Sobre el particular, véase Häberle, P., El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania, en el Derecho de amparo en el mundo, coordinadores Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-gregor, E., op. cit., págs. 736 y 737.

caso italiano, donde no se encuentra previsto un recurso con nociones similares al alemán o español⁴⁵.

En síntesis, y de acuerdo con Favoreu, mientras en el “*sistema americano, la justicia constitucional se confía al conjunto del aparato jurisdiccional, y no se distingue de hecho de la justicia ordinaria, en la medida en que todos los litigios, cualquiera que sea su naturaleza, los juzgan los mismos tribunales y, en líneas generales, en idénticas condiciones. La dimensión constitucional puede hallarse presente en todos los litigios, y no precisa de un tratamiento específico: a decir verdad, no existe un verdadero contencioso constitucional...El modelo europeo es enteramente distinto. Lo contencioso constitucional, que se distingue de lo contencioso ordinario, es competencia exclusiva de un tribunal especialmente creado con ese fin, el cual puede resolver, sin que pueda hablarse con propiedad de litigios, por recurso directo de las autoridades públicas o jurisdiccionales, o incluso, de particulares y sus fallos tienen efecto de cosa juzgada*”⁴⁶.

En todo caso, es preciso mencionar de acuerdo con Ferreres Comella, y a diferencia del entorno en el cual se ha desarrollado el modelo europeo de control de constitucionalidad, que en el sistema norteamericano

45 Ver Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., pág. 279.

46 Véase Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, Barcelona, 1994, págs. 15 y 16. Citado por Bidart Campos, G., y Carnota, W., Derecho Constitucional Comparado, Tomo I, Ediar Ediciones, primera edición, Buenos Aires, 2001, págs. 123 y 124.

“la existencia de una sola Corte Suprema que encabeza el poder judicial, que conoce de un número limitado de casos, y que sienta precedentes vinculantes, permite introducir orden en el sistema descentralizado de control de constitucionalidad. El modelo centralizado de justicia constitucional nace entonces (en el contexto continental-europeo) como respuesta a los tres factores mencionados. La creación de un Tribunal Constitucional neutraliza los dos primeros factores: frente a la pluralidad de tribunales supremos, se crea un único tribunal encargado de controlar la constitucionalidad de la ley; y frente a la composición numerosa de esos tribunales, el TC está integrado por un número limitado de magistrados. En cuanto a la ausencia de un sistema de precedentes, este déficit se neutraliza concentrando en el TC la tarea de controlar la ley en un proceso abstracto”⁴⁷. Con lo que, y en criterio del autor, la asignación de competencia a un órgano especializado para realizar las funciones relativas a la justicia constitucional, en el marco del modelo kelseniano de control, compensa las deficiencias que se pueden producir si esa función es atribuida a los jueces ordinarios, ante la inexistencia de la doctrina del precedente.

Finalmente, es preciso mencionar que algunos constitucionalistas iberoamericanos, entre ellos Piza Escalante y Brewer Carías, han defendido la existencia de un modelo iberoamericano de Justicia Constitucional, el cual normalmente se caracteriza por la aplicación de un método mixto de

⁴⁷ Ferreres Comella, V., Integración europea y crisis del modelo centralizado de justicia constitucional, Revista de Administración Pública, núm. 65 (III), 2003, pág. 76.

control de constitucionalidad, en que concurren el difuso y el concentrado⁴⁸.

Así, este modelo de justicia constitucional tiene como sus máximos exponentes los sistemas de justicia constitucional de Venezuela y Colombia, aunque también funciona con rasgos semejantes en Guatemala, Perú, Brasil y El Salvador⁴⁹. Así, por ejemplo, la Constitución de Guatemala de 1985 adoptó una fórmula combinada para efectuar el control de constitucionalidad, al establecer: *"por una parte, que la Corte de Constitucionalidad, con carácter de tribunal permanente de jurisdicción privativa, para la función esencial de defender el orden constitucional, independiente de los demás organismos del Estado y con funciones específicas asignadas en la ley matriz y en la propia (artículos 268 y 272); por otra habilitó a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria para*

48 En este orden de ideas, Piza Escalante insistió: *"que no es correcto, ni justo reducir los modelos de Justicia Constitucional a los dos paradigmáticos a los que se ha hecho costumbre referir, con simplismo, todos los sistemas conocidos: el norteamericano o "difuso" y el europeo o "concentrado", cuyas categorías o criterios, aun combinados, no alcanzan para explicar el que, con perfiles y caracteres propios, no reductibles a los otros dos –además, anterior al nacimiento del segundo y hasta de su ilustre creador–, puede bautizarse de "iberoamericano" –para incluir al Brasil y no hacerlo con Haití, que no tiene nada que decir en esta materia". Véase Piza Escalante, R., La Justicia Constitucional en Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004, pág. 66*

49 Ver Brewer Carías, A. R., El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 1996, pág. 163.

decidir, por denuncia de su inconstitucionalidad, la inaplicación de ley en casos concretos”⁵⁰.

Dicho modelo iberoamericano de justicia constitucional se puede caracterizar de la siguiente forma, pero sin soslayar que no todos los países que comprende comparten esas dimensiones, sino la mayoría, en algunos supuestos:

- la combinación y el funcionamiento conjunto de los métodos difuso y concentrado de control de constitucionalidad; lo anterior por cuanto, si bien se ha encomendado el control de constitucionalidad al juez ordinario, también ha sido encomendado el control a un órgano especializado, quien tiene a su favor la interpretación última de los preceptos constitucionales;
- el establecimiento de un recurso directo de naturaleza sumaria e interdictal, como garantía procesal y sustantiva de los derechos

50 Véase Sáenz Juárez, L.F., Inconstitucionalidad de Leyes en Casos Concretos en Guatemala, Serviprensa, Sociedad Anónima, Ciudad de Guatemala, 2004, pág. 44.

fundamentales, como es exigido por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵¹ y,

- la existencia de una acción popular, en el cual todo ciudadano puede plantear una cuestión de constitucionalidad, por el mero interés de defender la Constitución (sobre el particular, Piza Escalante advierte que dicho modelo de justicia constitucional se funda “*como he dicho muchas veces, en la convicción de que existe un verdadero derecho fundamental al Derecho de la Constitución, por lo tanto de orden público, al alcance de todo interesado y en las manos de cualquier tribunal*”⁵²).

51 El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, establece:

“Artículo 25. Protección Judicial.

1. *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*
2. *Los Estados partes se comprometen:*
 - a) *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*
 - b) *a desarrollar las posibilidades del recurso judicial, y*
 - c) *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.”*

52 Véase Piza Escalante, R., Los principios constitucionales en la interpretación constitucional, en Principios Constitucionales, varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2008, pág. 48.

Tales son, a grandes rasgos, los modelos y los métodos que el Constitucionalismo históricamente ha desarrollado para garantizar la fuerza normativa de la Constitución y el sometimiento pleno de los poderes constituidos a los preceptos constitucionales. Pero es claro que la Constitución Política no sólo es norma sino también es suprema, y los alcances de su ubicación en la cúspide del ordenamiento jurídico serán vistos a continuación, para luego examinar con profundidad las implicaciones de ese reconocimiento sobre las normas cuyo período de vigor es anterior a la Norma Fundamental.

De acuerdo con Hesse, el derecho constitucional (la Constitución) se encuentra en una situación de primacía con respecto de todo el ordenamiento, en cuanto constituye un orden jurídico fundamental de la comunidad. Por este motivo, la Constitución no puede ser derogada ni reformada por leyes ordinarias (en atención del principio de rigidez constitucional), ni tampoco pueden ser contrariadas sus disposiciones por cualquier otro acto de los poderes públicos, tampoco el legislativo, quienes se hayan vinculados por la Norma Fundamental⁵³. Así, en el sistema alemán, el principio de supremacía de la Constitución puede ser inferido del

53 Véase Hesse, K., y otros., Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 9.

contenido de los artículos 20.3 y 1.3 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana⁵⁴.

De este modo, y en el ámbito singular de los derechos fundamentales, Bachof explica el cambio de perspectiva que suponen las fórmulas contempladas en la Ley Fundamental por sobre la Constitución de Weimar, lo que ha sido mencionado de una manera tópica y, algo exagerada, por parte de Krüger, de la siguiente manera: “*antes los derechos fundamentales sólo valían en el ámbito de la ley, hoy las leyes sólo valen en el ámbito de los derechos fundamentales*”⁵⁵. Lo anterior, teniéndose en consideración los alcances del principio de supremacía de la Constitución, según ha sido consagrado por las normas supra mencionadas.

Por otra parte, desde ningún punto de vista es posible soslayar la cláusula de supremacía (*supremacy clause*), que está consagrada en el artículo

54 Estas normas establecen:

¶¶Artículo 1º (...)

3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”.

¶¶Artículo 20º (...)

3. El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y al derecho. (...).”.

55 Véase Bachof, O., Jueces y Constitución, op. cit., pág. 41.

VI, parrafo 2º, de la Constitución de los Estados Unidos de América⁵⁶ de 1787, la cual dispone:

“Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se hagan en su consecuencia, y todos los tratados hechos, o que se hagan, bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán ley suprema del territorio y los jueces de cada Estado estarán por ella obligados, sin perjuicio de cualquier disposición en contrario de la Constitución o de las leyes de los Estados”

56 Sobre el particular, sin duda es relevante el razonamiento efectuado por el Juez Marshall en la sentencia dictada en el caso Marbury vrs. Madison, supra mencionada, en que se dijo: *“Esta voluntad original y suprema organiza el gobierno, y asigna a sus diversos departamentos sus poderes respectivos. Podría detenerse aquí, o bien establecer ciertos límites que no deben ser trascendidos por ello. El gobierno de los Estados Unidos corresponde a la última descripción; los poderes del legislador están definidos y delimitados; y para que esos límites no sean erróneamente interpretados u olvidados, la Constitución es escrita. Con qué objeto serían los poderes limitados y con qué propósito esa limitación se confiaría a un texto escrito si pudieran en cualquier momento ser saltados por aquellos a quien se ha intentado restringir? La distinción entre gobierno con poderes limitados e ilimitados quedaría abolida si esos límites no confinaran a las personas a quienes se imponen, y si los actos prohibidos y los permitidos tuviesen igual fuerza de obligar. Es una proposición demasiado rasa para ser controvertida la que, o la Constitución controla cualquier acto legislativo repugnante a ella, o el legislador puede alterarla por un acto ordinario. En esta alternativa no hay intermedio: o la Constitución es una ley superior, suprema, no modificable por medios ordinarios, o está al nivel de los actos legislativos ordinarios y puede ser, igual que otros de éstos, alterada cuando le plaza hacerlo al legislador. Si la primera parte de esa alternativa fuera cierta, un acto legislativo contrario a la Constitución no sería ley; si lo fuera la segunda, entonces las constituciones escritas serían intentos absurdos, de parte del pueblo, por limitar un poder por su propia naturaleza ilimitable”*. Citada por Piza Escalante, R., Los principios constitucionales en la interpretación constitucional, en Principios Constitucionales, op. cit., pág. 48.

Sobre el particular, Bidart Campos y Carnota llaman la atención que si bien en los Estados Unidos de América rige el principio de supremacía de la Constitución, en Gran Bretaña por el contrario pervive la pauta (aunque matizada con la aparición del derecho comunitario europeo) de la *primacía del parlamento*⁵⁷. De otro lado, Molas sostiene que la Constitución Española de 1978 no sólo es norma jurídica, sino también es suprema, teniendo en cuenta que en su artículo 9.1 se le otorga una posición diferenciada y destacada por sobre las otras disposiciones que integran el ordenamiento jurídico⁵⁸. En palabras de este autor: “*como expresión del poder constituyente, es una norma jerárquicamente superior a todas las restantes, a ella deben sujetarse los poderes constituidos para ejercer las potestades que le han sido asignadas. Todo el ordenamiento jurídico queda sometido a la Constitución y se organiza a partir del principio de constitucionalidad*”⁵⁹. De esta manera, según el mismo autor, el carácter supremo y privilegiado de la Constitución tiene dos implicaciones: una formal, que se traduce en el carácter rígido de su reforma⁶⁰; y otra

57 Véase Bidart Campos, G., y Carnota, W., Derecho Constitucional Comparado, Tomo I, op. cit., págs. 96 y 97

58 Ver Molas, I., Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 214.

59 Véase Molas, I., Derecho Constitucional, op. cit., pág. 214.

60 Sobre los procedimientos de reforma de la Constitución y el control jurisdiccional de la reforma constitucional el lector puede consultar: Díaz Revorio, F. J., La Constitución como orden abierto, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 1997; Herdegen, M., La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2006; Saborío Valverde, R., Los límites a las reformas parciales de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional. <http://www.cesdepu.com/revelec/art-rsv1.htm>

material, que consiste en la posibilidad de interpretar todo el ordenamiento jurídico de acuerdo con los preceptos constitucionales⁶¹, así como el control de constitucionalidad sobre los actos y las omisiones de los poderes públicos que lesionan el Derecho de la Constitución⁶².

En este sentido, el Pérez Tremps indica que la supremacía del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales no es una imposición derivada solamente de criterios de confianza, sino una imposición de lógica jurídica; de modo que al existir *“un Tribunal Constitucional y siendo la Constitución la norma suprema del ordenamiento, que le da coherencia y unidad, ha de ser el Tribunal Constitucional este supremo órgano jurisdiccional; otra cosa, conduciría a un ilógico que podría generar lo que con licencia se*

(04/08/2008); May C. H., El poder constituyente en Costa Rica. En Revista Costarricense de Derecho Constitucional, Tomo IV, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2003; Hess Herrera, I., Le contrôle juridictionnel de la révision de la constitution en France et au Costa Rica. Tesis para optar por el DEA en Derecho público comparado de los Estados europeos, inédita, Universidad París I (Panteón-Sorbona), 2002; y Hernández Valle, R., El Poder Constituyente Derivado y Los Límites Jurídicos del Poder de Reforma Constitucional, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13. Núm. 37. Enero-Abril 1993.

61 En cuanto a la posibilidad de los tribunales constitucionales y de los tribunales ordinarios de interpretar las normas jurídicas de conformidad con el Derecho de la Constitución, el lector puede consultar: Díaz Revorio, F., J., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, S.A., Valladolid, 2001; Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución ..., op. cit.; Hesse, K., Escritos de Derecho Constitucional, op. cit.; Hernández Valle, R., Derecho Procesal Constitucional, Juriscentro, San José, 1994; García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y..., op. cit..

62 Véase Molas, I., Derecho Constitucional, op. cit., 1998, pág. 215.

ha calificado de esquizofrenia jurídica, al permitir un doble frente de interpretación última de la Constitución’⁶³.

En suma la Constitución, al estar colocada en el puesto superior del derecho positivo, tiene como función primordial designar a los órganos encargados de emitir o producir las otras normas jurídicas, así como los mecanismos o los procedimientos por los cuales se realiza esta situación. Pero también hemos visto que proclama ciertos derechos que son inherentes a cada persona humana viviente a partir de la consideración que son titulares de dignidad, así como establece las relaciones de coordinación y las limitaciones entre los poderes públicos. De ahí que una norma jurídica sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera indicada por la norma superior⁶⁴. Este es precisamente el juicio de adecuación de la norma inferior con respecto a la Constitución, a la cual (en el caso de las normas

63 Ver Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador. En Autonomía y Justicia y Cataluña, VII Seminario Organizado por el Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, GESMAX, SL, Barcelona, 20-21 de noviembre de 2003, pág. 90. Citado por Solano Carrera, L. F., Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense, en Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006, pág. 23.

64 Véase Haro, R., El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático ..., en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004, págs. 47-48.

postconstitucionales) no sólo ha de adecuarse en cuanto a su contenido, sino también en cuanto a los procedimientos que la Norma Fundamental ha establecido para su emisión.

Otra conclusión que se infiere de todo lo anterior es la necesidad de implementar garantías o controles políticos y fundamentalmente jurídicos para asegurar la observancia efectiva y oportuna de las disposiciones constitucionales, así como la supremacía de la Carta Magna⁶⁵. De lo contrario la primacía de la Constitución por sobre las otras fuentes del ordenamiento jurídico queda, realmente, desprovista de todo contenido, pues no existe

65 Al respecto, Prieto Sanchís distingue varios planos o ámbitos en los cuales se puede realizar el control de la ley, justamente a partir del reconocimiento de una normatividad superior, sea moral o jurídica. En un primer plano, dice el Profesor español, *"la primacía de esa normatividad superior puede reposar en la opinión pública, en el ejercicio de las libertades y derechos políticos o en el derecho de resistencia a la opresión, esto es, en fórmulas poco o nada institucionalizadas"*. En un segundo plano, el control de la ley puede referirse a la intervención de instancias y órganos políticos ajenos al legislador, como bien puede ser la exigencia de refrendo, la posibilidad del veto por el Jefe del Estado, y los mecanismos de consulta popular. Finalmente, y en un sentido mucho más estricto, dice Prieto Sanchís: *"el control de la ley es aquel que se orienta a la formulación de un juicio de compatibilidad entre una norma inferior y otra superior, excluyendo, al menos en principio, el control político o de oportunidad; y que, en virtud de ello, es encomendado a sujetos ajenos al proceso de elaboración de las leyes, cuya actuación se realiza siempre sobre un texto acabado. En suma, el control de la ley es el control jurisdiccional de la ley, ya sea realizado por los jueces ordinarios, como en el modelo norteamericano, ya por un órgano especial como en el sistema europeo"*. Véase Prieto Sanchís, L., Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, op. cit., págs. 31-32. Este último tipo de control es justamente el que se analiza con algún detalle en esta investigación, y el que se considera indispensable para asegurar en forma plena el carácter normativo y superior de la Constitución, así como la tutela de los derechos que aquella consagra o contempla.

ninguna protección o tutela frente a las transgresiones del legislador o de los otros poderes públicos⁶⁶.

Cabe mencionar que la doctrina costarricense también ha tenido la ocasión de desarrollar el contenido y los alcances del principio de supremacía de la Constitución, a partir de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política, que analizaremos con detalle más adelante. En este sentido, el expresidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, Solano Carrera, ha señalado: *“en Costa Rica, y para mencionar solamente un funcionario clave, el Juez debe prestar “juramento de observar la Constitución y las leyes”. Se crea, pues, una vinculación jurídica del juez con el ordenamiento, que debe ser entendida también rectamente, es decir, que tal vinculación lo ha de ser con estricto respeto de la jerarquía normativa”*⁶⁷. Pero también ha advertido el mismo autor la falta de justificación que actualmente tiene la pretensión de situar a la ley en una posición de privilegio, como expresión de la voluntad general, así como la receta de Montesquieu en el sentido que el juez es la boca

66 Ver Muñoz Machado, S., Constitución, op. cit., págs. 12-13. Al respecto, Prieto Sanchís advierte: *“La idea de que los jueces, o algunos jueces, deban controlar la constitucionalidad de las leyes es sólo la última etapa de todo un proceso cultural a favor de la limitación del poder político a partir de la Constitución, es decir, de una norma positiva que se postula como superior a la ley”*. Véase Prieto Sanchís, L., Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 32.

67 Véase Solano Carrera, L. F., Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense, en Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006, págs. 19 y 20.

muda que pronuncia las palabras de la ley⁶⁸. Es claro que en esta concepción la Constitución apenas constituye una carta de carácter estrictamente político y, por ello, desprovista de todo valor normativo. Recordemos la historia del Constitucionalismo Europeo en el siglo XIX donde imperaba el modelo francés de control de constitucionalidad, que era ejercido por el parlamento. Se trataba de un anacronismo, dice Solano Carrera, *“que se refleja (ba) con más claridad en la misma Francia, donde no existe posibilidad del control de constitucionalidad a posteriori, pues el Consejo Constitucional únicamente tiene en sus manos un control previo. Para poner de manifiesto esta concepción sobrevalorada de la obra del legislador ordinario y que en el máximo tribunal francés, la corte de Casación, se encuentra representada en “la Gran Cámara”, con una magnífica pintura de Paul Baudry, que como no podía ser de otra manera, lleva el nombre de “La glorificación de la ley”. Mientras tanto, y solamente para hacer un contraste en este punto, en España, bajo otras influencias en esta materia, se encuentra uno con una pintura de Goya, no menos importante, dedicada “al Nacimiento de la Constitución”*⁶⁹. En suma, se trata de *“dos visiones, dos valores y dos consecuencias muy diferentes una de la otra”*⁷⁰. Cabe mencionar sin embargo, que mediante una reforma a la Constitución Francesa de 1958 y, mediante el dictado de una ley de desarrollo de la modificación constitucional, recientemente se ha

68 Ver Solano Carrera, L. F., Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense, op. cit., pág. 20.

69 Véase Solano Carrera, L. F., Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense, op. cit., , pág. 20.

70 Ver Solano Carrera, L. F., Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense, op. cit., , pág. 20.

introducido en el sistema de justicia constitucional francés una especie de control de constitucionalidad a posteriori, cuyos supuestos examinaremos con algún detalle más adelante.

Por su parte, Solís Fallas, al desarrollar los alcances del principio de supremacía de la Constitución, ha sostenido: *“esta define, configura y ordena los poderes del Estado; establece los límites del ejercicio del poder; consagra los derechos fundamentales, define los objetivos fundamentales para la convivencia que el Estado debe cumplir en beneficio de la comunidad. En fin, la supremacía material significa que la Constitución es de origen y centro de la actividad jurídica que se desarrolla dentro del Estado”*⁷¹. Con lo que es evidente que vincula la actuación de los poderes constituidos, cuyos actos y omisiones deben sustentarse en el Derecho de la Constitución.

Una vez examinadas las notas características de la normatividad de la Constitución y de su posición privilegiada en la cúspide del ordenamiento, y de los modelos que el Constitucionalismo ha desarrollado para asegurar su aplicación efectiva frente a la actuación de los poderes públicos, a continuación será desarrollado el conflicto que nos ocupa en esta

71 Ver Solís Fallas, A.,. La dimensión política de la ..., op. cit., pág. 41;

investigación entre la Constitución y las normas preconstitucionales que le son incompatibles.

Sección II. La distinción entre la vigencia y validez de una norma jurídica, la derogación y el control de constitucionalidad.

Antes de examinar las soluciones que la fuerza normativa de la Constitución impone sobre las normas preconstitucionales, es preciso analizar las nociones de norma, sistemas y ordenamientos jurídicos, así como los institutos de la derogación y la declaratoria de inconstitucionalidad, y la manera en que inciden sobre la vigencia y validez, respectivamente, de las normas jurídicas, no sin antes precisar qué se entiende por cada uno de estos conceptos y la manera en que deberían ser utilizados por el operador jurídico. En este sentido, ya veremos que la vigencia de una norma jurídica se refiere a su existencia en el ámbito del derecho positivo, lo cual es independiente de su validez, que más bien se alude a su adecuación, formal y material, a las normas de rango superiores que han previsto su emisión. En todo caso, es claro que el juicio de validez de una norma jurídica al final se realiza con respecto a la Constitución (aunque no es el único caso por supuesto, pues también se puede medir la validez de una disposición reglamentaria en relación con la ley, por

ejemplo), que por su posición privilegiada en la cúspide del ordenamiento jurídico, determina su adecuación última al sistema.

También se realizarán algunos comentarios sobre la aplicación del instituto híbrido y contradictorio de la inconstitucionalidad sobrevenida, cuya ficción ha permitido someter las disposiciones preconstitucionales al control de inconstitucionalidad y al juicio de invalidez, al confundir dos juicios completamente distintos, uno horizontal que alude a la existencia de una norma jurídica y a su período de vigor o vigencia, así como otro vertical, de conformidad o de adecuación de la norma inferior con respecto a la Constitución. De igual manera se indicará su verdadera justificación, desde una perspectiva puramente pragmática, así como el mito en que incurren los tribunales constitucionales, particularmente la Corte de Constitucionalidad Italiana, cuando defiende su aplicación frente al carácter normativo de la Constitución, que sanciona con la derogación a aquellas disposiciones preconstitucionales que le son incompatibles.

Finalmente será revisado el principio de la ultra-actividad de las normas jurídicas y sus diversas manifestaciones, así como la posibilidad de enjuiciar esos efectos ultra-activos en términos de validez, una vez que ha sido derogada la norma preconstitucional. Lo anterior, teniendo en

consideración que existen ciertas situaciones jurídicas que aún luego de la desaparición formal de la ley que le daba origen, en razón de su derogación, continúan rigiéndose por los efectos “supervivientes” de la norma derogada e inexistente, los cuales lógicamente pueden ser sometidos al control de constitucionalidad. Todas estas posibilidades las explicaremos con detalle en las secciones siguientes del presente capítulo.

Lo anterior, como se ha adelantado, tiene por fin defender la idea que frente a las normas preconstitucionales, la solución que el derecho positivo brinda es su derogatoria, en cuanto resultan incompatibles al contenido de la Norma Fundamental. Y no puede ser distinta la solución que cabe en este caso, teniendo en consideración la normatividad de la Constitución, en cuya razón tiene la capacidad para derogar todo el derecho anterior que se le opone, recordándose siempre que el juicio de vigencia es anterior al de validez.

Es claro que el Derecho se exterioriza mediante normas, es decir, mediante un universo de enunciados que pretenden ordenar con carácter preceptivo la vida social, y resolver los conflictos de intereses que en ella se

susciten. La norma, según Kelsen, es el sentido de un acto con el cual se ordena o permite y, en especial, se autoriza, un comportamiento⁷².

También es evidente que las normas no se presentan al operador de manera aislada, sino como partes integrantes de conjuntos ideales o complejos de normas entre las que se traban vínculos o relaciones muy diversas, como elementos de un *sistema* que, por ello mismo, puede denominarse, *sistema normativo*⁷³.

De acuerdo con Kelsen “*el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa de conocimiento humano. Con la palabra “norma” se alude a que algo deba ser o producirse; especialmente, a que un hombre deba comportarse de determinada manera. Éste es el sentido que tienen ciertas acciones humanas dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros. Están dirigidas con intención hacia el comportamiento de otros cuando, conforme a su sentido, proponen (ordenan) ese comportamiento; pero también cuando lo permiten y, muy especialmente, cuando se le otorga el poder de establecer él mismo normas*”⁷⁴.

72 Véase Kelsen, H., Teoría pura del derecho, Porrúa, Argentina, 1995, pág. 19.

73 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 286.

74 Ver Kelsen, H., Teoría pura del derecho, op. cit., pág. 18.

De modo que frente a un conflicto de intereses, el operador jurídico debe resolverlo teniendo en consideración que las normas jurídicas se interpretan y aplican como si realmente fueran parte de un sistema, el cual realmente opera en el mundo de los hechos⁷⁵.

Es, precisamente, dicho sistema el que permite, en primer lugar, reconocer o atribuir la vigencia de una norma, en segundo, obtener el significado de la norma mediante la interpretación sistemática (es decir, por referencia al contenido de las otras disposiciones jurídicas) y, tercero, la operatividad y eficacia de una norma, a partir de la manera en que se sanciona su incumplimiento, mediante una organización cuya estructura y funcionamiento también está regulada por el sistema normativo⁷⁶.

II.A. Las nociones del sistema normativo.

Cabe mencionar, siguiendo a Santamaría Pastor, que la noción de sistema normativo tiene un contenido distinto al de orden jurídico o *rechtsordnung* (de origen Kelseniano) y al de ordenamiento jurídico o *l'ordinamento giuridico* (cuya paternidad responde a Romano). En efecto,

⁷⁵ Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., págs. 289-290

⁷⁶ Ver Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 290.

mientras el concepto de orden jurídico alude al “conjunto articulado de las normas vigentes a un Estado”, el concepto de Romano designa “una realidad compleja, en la que los elementos políticos, axiológicos, sociales y organizatorios constituyen la base sobre la que las normas aparecen y operan. Un intento, pues, de visión global, omnicomprendensiva, del fenómeno jurídico”⁷⁷.

Sobre lo anterior, Kelsen insiste en que: “un “orden” es un sistema de normas cuya unidad ha sido constituida en cuanto todas tienen el mismo fundamento de validez; y el fundamento de validez de un orden normativo es —como veremos— una norma fundante de la cual deriva la validez de todas las normas pertenecientes al orden. Una norma aislada sólo es norma jurídica cuando pertenece a un determinado orden jurídico, y

77 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., págs. 290-291. Esta situación es explicada por Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández del siguiente modo: “el correcto entendimiento de la expresión ordenamiento jurídico requiere, sin embargo, algunas precisiones. El ordenamiento no es un agregado de normas; más bien, como puso de relieve Santi Romano, el ordenamiento precede a la norma, la cual es tal no por ninguna cualidad abstracta o de esencia sino justamente por su inserción en un ordenamiento concreto, que como tal la precede y ha tenido que definirla previamente como fuente de Derecho y en cuyo seno únicamente cobra todo su sentido. Hay caracteres del Derecho que deben predicarse del ordenamiento y no analíticamente de las normas; así la coactividad, o la justiciabilidad, o la idea de totalidad organizada. Romano precisó que ordenamiento jurídico es sustancialmente organización, estructura, posición de un ente social como tal ente y entre sus miembros. Allí donde hay un ente social organizado (de cualquier clase, dice Romano, incluso una agrupación de bandidos) hay también Derecho, hay un ordenamiento jurídico en sentido propio (ubi societas, ibi ius)”. Ver García de Enterría, E., y Ramón Fernández, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Cívitas Ediciones, S. L. Madrid, 2008, págs. 67 y 68.

pertenece a un determinado orden jurídico cuando su validez reposa en la norma fundante de ese orden”⁷⁸.

De otro lado, Santamaría Pastor entiende por sistema normativo el *“conjunto de proposiciones lingüísticas o representaciones simbólicas dotadas de autoridad o fuerza formal de obligar, que son creadas por determinados sujetos del sistema jurídico (...) para ordenar el funcionamiento de uno y otro: elementos del sistema normativo son, pues, las normas escritas, los precedentes judiciales, las costumbres y los principios y valores*”⁷⁹, y lo distingue del sistema social y el sistema jurídico.

Así, para este autor el sistema social se refiere: *“a una realidad equivalente a lo que la teoría sociológica conoce con el nombre (entre otros) de grupos social, esto es, una unidad organizada de convivencia que funciona en base a una pluralidad de pautas de comportamiento: un sistema de comunicación lingüística, un sistema de valores y un sistema de relaciones de producción, todo ellos condicionados y conformados por la memoria histórica del grupo. La expresión evoca, pues, lo que los juristas solemos llamar, con baste impresión, sociedad, esto es la comunidad social, excluyendo de la misma las organizaciones o aparatos que ejercen la dominación*”⁸⁰.

78 Véase Kelsen, H., Teoría pura del derecho, op. cit., págs. 44 y 45.

79 Ver Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., págs. 295-296.

80 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., págs. 295-296.

Por su parte, el sistema jurídico designa: “*al complejo de organizaciones y personas que iure o de acto, llevan a cabo en una comunidad determinada el proceso oficial de formación y aplicación de Derecho, esto es, al conjunto de lo que genéricamente se denominan operadores jurídicos (sea o no juristas): en el Estado, el Parlamento, el Gobierno y la Administración, los Tribunales, los profesionales y científicos del Derecho, entre otros*”⁸¹. De esta forma, y siguiendo a Santamaría Pastor, el sistema normativo tiene los siguientes elementos característicos:

- es un *conjunto de elementos interactivos*: porque cada una de las normas que integra el sistema condiciona a las demás en su validez, como en su contenido material. Lo anterior por cuanto, la validez de una norma (como se detallará más adelante) depende de la observancia de otras que precisamente regulan su formación o modificación dentro del sistema, en tanto que su contenido material también puede ser inferido a partir de la referencia a otras disposiciones en aplicación del criterio de interpretación sistemático⁸²;

81 Ver Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., págs. 295-296.

82 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 297.

- es una *totalidad articulada*: habida cuenta que las relaciones entre las normas y con el conjunto del sistema se haya regulada de previo tanto en su origen, como en su modificación⁸³;
- es una *totalidad dinámica*: en el sentido que sus elementos integrantes pueden mutar o extinguirse, una vez observadas las reglas contempladas por el mismo sistema, sin que por ello el segundo vea alterada su esencia. De otra parte, “*la modificación del sistema, en sí mismo, sólo se produce por la alteración de sus reglas básicas de formación y cambio (o por su inobservancia generalizada y permanente), así como por la modificación de algunas de sus normas sustantivas cardinales o por hechos que alteran los supuestos básicos del sistema social o del sistema jurídico*”⁸⁴;
- es una *totalidad autorregulada*: en cuya virtud las normas que lo integran también tienen la misión de asegurar la eficacia de las demás, así como de permitir la corrección de disfunciones, errores y desviaciones que pueden producirse en su composición, antes o después de su período de vigor⁸⁵;

83 Ver Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 297.

84 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 298.

85 Ver Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 298.

- es una *totalidad abierta*: en el sentido que también se haya en constante conexión o relación con otros sistemas (por ejemplo el sistema jurídico y el sistema social), dentro del cual se desenvuelve⁸⁶. Lo anterior lo explica el autor de la siguiente manera: “*El primer y más importante de ellos, claro está, se halla en las manipulaciones formales que el sistema jurídico introduce en el sistema normativo mediante la creación de normas escritas nuevas y la modificación o derogación de las preexistentes. Pero las inmisiones no se agotan aquí: el sistema jurídico —y el sistema social— producen también normas no escritas (por ejemplo, costumbres), así como pautas de creación o interpretación de las normas del sistema (precedentes jurisprudenciales, principios generales del Derecho, dogmas científicos, valores o estándar éticos, sociales o políticos) que, de hecho, alteran el contenido de ésta. Por último, y como señalábamos hace un momento, las alteraciones fácticas relevantes que afecten a elementos básicos de los sistemas social y jurídico son susceptibles también de incluir cambios en el contenido material y en el funcionamiento del sistema normativo*”⁸⁷;
- y, finalmente, es una *totalidad plural*: motivo por el cual las normas que lo integran no son uniformes, sino que se encuentran en estructuras de segundo grado, las cuales guardan entre sí y con

86 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 298.

87 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 298.

respecto a la totalidad del sistema, relaciones diversas de las que conectan a las normas de unos y otros⁸⁸.

En otro orden de ideas, sin duda es interesante el planteamiento realizado por Requejo Pagués, en su trabajo “*Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*”, acerca de las nociones de sistemas normativos, Ordenamiento⁸⁹, vigencia, validez y aplicabilidad.

En efecto, según este autor, el Ordenamiento alude al conjunto integrado por todas las normas que concurren en la administración del ejercicio de la fuerza en un espacio y tiempo singulares y sobre personas igualmente determinadas (es decir a la multiplicidad de sistemas normativos), de modo que frente a ellas, la Constitución se limita a determinar cuáles son aplicables y a valorar la validez, únicamente, de aquellas disposiciones que han sido emitidas con arreglo a los procedimientos que ella establece en ese peculiar sistema normativo.

88 Ver Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 299.

89 En esta investigación se utiliza la expresión Ordenamiento (con mayúscula) para aludir a la concepción de Requejo Pagés y para diferenciarlo de ordenamiento, el cual normalmente es utilizado como sinónimo de sistema normativo. Véase Requejo Pagués, J. L., Las Normas Preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

En este sentido, para este autor la expresión validez hace referencia a la mera existencia de las normas jurídicas, y a una categoría que sólo opera en el interior de cada singular sistema normativo. La vigencia, por su parte, la entiende como la expresión de la validez en el tiempo, en tanto que la aplicabilidad de una norma alude a su aptitud para administrar el ejercicio del monopolio de la fuerza. Es claro que en esta concepción, el autor confunde las nociones de vigencia y de validez de las normas jurídicas, al soslayar que la segunda no está referida a la existencia positiva de una norma y, por ende, a su capacidad de desplegar efectos jurídicos, sino más bien al juicio de adecuación con respecto a las normas superiores del ordenamiento jurídico (particularmente la Constitución) no sólo en cuanto a su contenido, sino también en la medida en que ha sido emitida de acuerdo con los procedimientos que la segunda ha desarrollado con ese fin.

Lo anterior lleva a este autor a sostener que *“la Constitución actual no tiene poder alguno de disposición sobre la extensión en el tiempo de la validez de normas preconstitucionales (es decir, sobre lo que él entiende por vigencia). Como habrá de verse de seguido su poder se limita –tanto frente a las normas externas como frente a las derivadas de sistemas internos precedentes- a la aplicabilidad, con la única diferencia, en función de la procedencia externa o interna de la norma en cuestión, de que, en el*

*primer supuesto, el poder de disposición no se extiende como es el caso en el segundo, al régimen de aplicación*⁹⁰.

De ahí que concluya en el sentido que: *“una Constitución no puede proclamar la invalidez de las normas integradas en otros sistemas normativos ni es, tampoco, capaz de derogarlas. Lo primero, porque no es ella la condición —ni en lo procedimental ni en lo sustantivo— de su existencia normativa; lo segundo, porque la interrupción de la validez en el tiempo sólo puede causarla el órgano habilitado al efecto por el sistema al que la norma pertenece”*⁹¹; y afirma con respecto a la disposición derogatoria de la Constitución de 1978 que no deroga, *“por tanto, las normas anteriores externas; ni siquiera se ven éstas privadas de su condición de normas aplicables, conferida por una Constitución precedente. Continúan siendo válidas en tanto no se decida otra cosa en el propio sistema externo y han de seguir siendo aplicables mientras no se decrete lo contrario desde ese mismo sistema. Tampoco resultan derogadas las normas nacionales anteriores, sino sólo condicionadas en su aplicabilidad futura, pues en punto a la aplicabilidad de estas normas el constituyente no está condicionado por un sistema externo, sino por uno interno e inefectivo, desprovisto de órganos de garantía a cuya través se administre una fuerza capaz de sobreponerse a la condicionada por la nueva Constitución. Lo que la Constitución de 1978 califica de derogación no es*

90 Véase Requejo Pagués, J. L., Las Normas Preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente, op. cit., págs. 29, 59 y 149 y 150.

91 Ver Requejo Pagués, J. L., Las Normas Preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente, op. cit., págs. 149 y 150.

propiamente tal. Con ese término se significa, en realidad, una decisión típicamente constituyente, cual es la relativa aplicabilidad de otras normas y que opera con distinto alcance y efectos según cuál sea el origen de la norma objeto de esa decisión”⁹².

Toda esta construcción, sin embargo, parte de una confusión evidente entre las nociones de vigencia y validez, cuya distinción es soslayada injustificadamente por Requejo Pagués. Tampoco se comparte la idea que el autor sostiene sobre el Ordenamiento, como el conjunto de diversos sistemas normativos cuya aplicabilidad es definida por la Constitución.

En realidad, el ordenamiento y el sistema normativo es uno solo y encuentra precisamente en la Constitución su punto de origen. Es la Constitución la que a partir de su fuerza normativa permite tener por derogado todo el orden jurídico que la contradice, a partir de su normatividad.

También deja de lado el autor las distintas implicaciones que supone el reconocimiento del poder constituyente y su producto normativo, es

92 Véase Requejo Pagués, J. L., Las Normas Preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente, op. cit., págs. 149 y 150.

decir la Constitución, de donde se desprende todo el orden jurídico vigente (entendido como existente, según se desarrollará infra), así como el reconocimiento del principio de supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad, cuyo desarrollo histórico ha sido expuesto aunque de manera resumida en la primera Sección de esta investigación. De esta manera, es preciso insistir que frente a las normas preconstitucionales que son incompatibles frente a la Norma Fundamental, la normatividad de la Constitución las sanciona con la pérdida de su vigencia, mientras en el caso de las postconstitucionales (las cuales deben adecuarse a la Texto Fundamental no sólo en cuanto a su contenido, sino a los procedimientos que se han observado para su emisión), la falta de su validez es la sanción que en tales casos se produce, la cual es normalmente declarada por los Tribunales Constitucionales, y cuya nulidad normalmente debería extenderse hasta el momento en el cual la norma fue emitida y, por ende, nació a la vida jurídica.

A continuación, pues, examinaremos el sistema normativo frente a la vigencia y la validez de las normas jurídicas, así como las soluciones que en cada caso se establecen para resolver los conflictos que puedan surgir entre las disposiciones pre y post-constitucionales con respecto a la Norma Fundamental.

II.B. El sistema normativo frente a la vigencia y la validez de las normas jurídicas.

Por su parte, y de acuerdo con De Vergottini, una de las características esenciales de la soberanía consiste precisamente en la capacidad de regular la producción de las normas jurídicas destinadas a regularizar el Estado. De ahí que la producción de normas jurídicas (comenzando, desde luego, con la Constitución) es un elemento común en todos los ordenamientos constitucionales⁹³, así como las maneras de resolver los conflictos normativos que se producen justamente a partir de la aplicación de estas disposiciones.

Como se expuso al inicio de esta sección, son distintas las consecuencias jurídicas que la Norma Fundamental prevé acerca de su incompatibilidad respecto de las normas pre y post constitucionales. En el primer caso, la fuerza normativa de la Constitución impone la derogatoria de todo texto normativo que la contradice (lo cual lógicamente afecta la vigencia de estas disposiciones), en tanto que en el segundo, se verifica el control de constitucionalidad estrictamente considerado y, por ende, la

⁹³ Véase De Vergottini, G., Derecho Constitucional ..., op. cit., pág. 85.

nulidad de todos aquellos actos normativos que lesionan el Derecho de la Constitución, lo que incide sobre la validez de estas normas. Esta derogación lógicamente puede ser declarada tanto por los tribunales ordinarios, como por el Tribunal Constitucional, cuando valoran la compatibilidad de esa norma preconstitucional con respecto a la Constitución. En tal caso, la derogación del precepto preconstitucional se produce de manera expresa o tácita (si la Constitución no prevé una cláusula de derogatoria general del derecho anterior al Texto Fundamental, por su fuerza normativa, como se produce en el caso italiano) si difiere directamente de la Norma Fundamental, y no es susceptible de una interpretación de conformidad con la Constitución, pues si dicha interpretación es posible en tal supuesto no cabe la derogación de la norma que analiza el juez para valorar el derecho aplicable a la resolución de un asunto determinado.

Es claro entonces que las nociones de vigencia y validez no son equiparables; en este sentido, se entiende por vigor o vigencia la existencia o la positividad de una ley (lo que conduce a su obligatoriedad o carácter vinculante⁹⁴), en tanto que la validez se refiere a la adecuación de una norma a otras normas sobre la producción y, en particular, a la

94 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de las Leyes, Cívitas, Sociedad Anónima, Madrid, 1990, págs. 166-167.

Constitución. De modo que una ley puede existir o encontrarse vigente, pero luego resultar inconstitucional y, por ello, sufrir un vicio de invalidez. De igual manera, los efectos ultraactivos de una ley ya derogada y, por ende, inexistente pueden ser sometidos al control de constitucionalidad y, luego anulados si se considera que no se adecuan a la Constitución. Esta última posibilidad la veremos más adelante en el desarrollo de esta investigación.

Además es evidente que ambos conceptos se mueven en planos distintos. La vigencia es uno temporal, horizontal y se relaciona directamente con el efecto derogatorio, en tanto que la validez alude a un enfoque de jerarquía y verticalidad, estrechamente vinculado con el juicio de invalidez y la declaratoria de inconstitucionalidad, como se verá a continuación.

Sección III. La distinción entre el efecto derogatorio y la declaratoria de inconstitucionalidad.

Una vez comentadas las diferencias existentes entre la vigencia y validez de una norma jurídica, es preciso en esta oportunidad referirse sobre la distinción entre el efecto derogatorio y la declaratoria de

inconstitucionalidad, no sin antes efectuar algunas precisiones sobre el alcance de la abrogación de las normas jurídicas. También será comentada la manera en que tales conceptos se relacionan con las normas preconstitucionales, y con los efectos ultra-activos que sobreviven a la abrogación, así como la manera en que esos conceptos: la vigencia y la validez de las normas jurídicas, el efecto derogatorio y la declaratoria de inconstitucionalidad (la falta de validez de una norma por su inadecuación a la Constitución) se confunden en la institución de la inconstitucionalidad sobreviniente, en los términos en que ha sido desarrollada por la Corte de Constitucionalidad Italiana desde la conocida sentencia de junio de 1956, en que admitió la posibilidad de someter al control de constitucionalidad las normas preconstitucionales, luego de varios años en que dicho control fue realizado por los tribunales ordinarios desde la promulgación de la Constitución Italiana de 1947, en vista que todavía no había iniciado sus funciones la Corte de Constitucionalidad.

III.A. El efecto derogatorio.

Son distintas las definiciones y las consecuencias que la doctrina ha ensayado sobre el efecto derogatorio y, en términos más generales, sobre la abrogación de las normas jurídicas. Sobre el particular, sin duda es relevante

la utilizada por Díez-Picazo, quien entiende por derogación “*aquel efecto de una ley determinante de la pérdida de vigencia de otra ley anterior*”; de modo que constituye, según el mismo autor, el modo más frecuente de cesación de la vigencia de las leyes, a partir de un cambio en la voluntad del legislador⁹⁵. Por su parte, Pugliatti la define como el “*efecto que un acto legislativo produce con respecto a un acto legislativo preexistente, poniendo fin a su eficacia*”⁹⁶.

Pero también distingue la doctrina, en términos muy generales, entre la derogatoria expresa y la derogación tácita, de modo que entiende por la primera: “*aquella modalidad del ejercicio de la potestad legislativa por la que se produce el efecto derogatorio en virtud de una disposición legal ad hoc*”⁹⁷ y, por la segunda, aquella que en la nueva ley no identifica la disposición legal derogada, de manera que no es el legislador quien determina directamente el objeto de la derogación, sino los operadores jurídicos a partir de un esclarecimiento de la *volutas legis*⁹⁸.

95 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de las Leyes, Cívitas, Sociedad Anónima, Madrid, 1990, pág. 33.

96 Ver Pugliatti, S., Abrogazione (teoría generale e abrogazione degli atti normativi); en ED, vol. I, Milán, 1958, pág. 140. Citado por Díez-Picazo, L. M., La Derogación de las Leyes, Cívitas, Sociedad Anónima, Madrid, 1990, pág. 33.

97 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de las Leyes, Cívitas, Sociedad Anónima, Madrid, 1990, pág. 109. Sobre el particular, lo más característico de la derogación expresa es, de acuerdo con este autor, que la disposición legal derogatoria persigue directa e inmediatamente la finalidad de producir el efecto derogatorio.

98 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de, op. cit., pág. 286.

De lo anterior se desprende, con toda claridad, la diferencia existente entre los institutos de la derogación y la declaratoria de inconstitucionalidad, los cuales no sólo tienen un contenido distinto, sino que también generan distintas consecuencias, como será visto de seguido. Lo anterior por cuanto, el efecto derogatorio incide sobre la vigencia de las normas jurídicas, en tanto la declaratoria de inconstitucionalidad se corresponde a un juicio de invalidez de la norma infra-constitucional con respecto a la Constitución.

III.B. La derogación de los preceptos normativos por la pérdida de su vigencia, y la declaración de inconstitucionalidad por la falta de validez.

Sobre la distinción entre la derogación de una norma jurídica y la declaración de inconstitucionalidad por su falta de validez, es relevante el criterio sostenido por Díez-Picazo, en el sentido que *“mientras la declaración de inconstitucionalidad es producto del principio de jerarquía normativa, la derogación lo es de la inagotabilidad de la potestad legislativa, mientras la declaración de inconstitucionalidad deriva de un juicio de validez normativa, la derogación procede de un juicio de oportunidad política; en fin, mientras la declaración de inconstitucionalidad –al menos, en sistemas de jurisdicción constitucional concentrada- corresponde en exclusiva al*

*Tribunal Constitucional, la derogación es realizada por ley y, en consecuencia, puede y debe ser aplicada por cualquier Juez y, más en general, por cualquier operador jurídico*⁹⁹.

Cabe mencionar que ambos institutos gozan de eficacia *erga omnes*¹⁰⁰, y que tanto la declaratoria de inconstitucionalidad y la derogación de una norma inciden sobre su vigencia o vigor. En el primer caso, sin embargo, ello se produce de modo accesorio, una vez que se ha acreditado la invalidez de la norma jurídica por su inadecuación a la Norma Fundamental. Es claro que una norma declarada inconstitucional no puede continuar vigente, pero esa pérdida de vigor se verifica luego de haberse constatado su nulidad. En el segundo supuesto, la cesación de la vigencia se produce de manera directa, en aplicación del principio de *lex posterior derogat priori*¹⁰¹.

De otra parte, mientras las sentencias en que se produce una declaratoria de inconstitucionalidad, en los sistemas de justicia constitucional español y costarricense, gozan de eficacia *ex tunc* (declarativos y retroactivos, en principio, a la entrada en vigencia de la norma

99 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de ..., op. cit., pág. 260.

100 Lo anterior, en los casos en que la derogatoria es realizada expresamente mediante ley.

101 Ver Díez-Picazo, L. M., La Derogación de ..., op. cit., pág. 261.

cuestionada), la derogación de un precepto normativo normalmente produce efectos a futuro o *ex nunc*¹⁰².

De lo expuesto se deduce que la esencia del efecto derogatorio no es otra que la pérdida de la vigencia de la ley (y, por ende, su inexistencia a futuro) entendida ésta (como ya se explicó) en la existencia o pertenencia actual y activa de una norma al ordenamiento¹⁰³, de manera que es potencialmente capaz de regular todas las situaciones contempladas en un supuesto de hecho¹⁰⁴. De modo que se entiende por derogación, el acto y el efecto de cesación de la vigencia de una norma producida por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior que modifica, todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro diverso¹⁰⁵.

Esta situación sin duda es una consecuencia directa de la dimensión vertical de la estructura cuadrimensional del sistema normativo, en los

102 Lo anterior, sin embargo, admite excepciones, entre ellas el sistema de justicia constitucional austriaco, en el cual la declaratoria de inconstitucionalidad, siguiendo el diseño efectuado por Hans Kelsen, tiene efectos a futuro o *ex nunc*, lo cual de ninguna manera supone una equiparación de ambos institutos, como bien lo sostiene Díez-Picazo, L. M., La Derogación de ..., op. cit., págs.261-262.

103 Se repite que en esta concepción, el término ordenamiento de ninguna manera alude a la expresión utilizada por Requejo Pagés. Por el contrario, en esta investigación el término ordenamiento se utiliza como sinónimo de sistema normativo, el cual tiene como punto de origen la Constitución.

104 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de ..., op. cit., pág. 162.

105 Ver Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 415.

términos en que ha sido desarrollado por Santamaría Pastor¹⁰⁶. Según este autor, esta dimensión es la forma más elemental de resolver los conflictos entre normas a que se puede enfrentar el operador jurídico, si pretende analizar el sistema.

Así, de la distinta posición relativa de superioridad de una norma sobre otra surge el principio de jerarquía, cuyo contenido material tiene distintas implicaciones. De esta forma, las consecuencias positivas consisten en la capacidad de toda norma, por su ubicación en un determinado nivel de la escala jerárquica, de cierto potencial activo y pasivo, frente a las demás normas del sistema.

En virtud de este poder activo, dicha norma puede modificar o derogar válidamente todas las disposiciones que se encuentren en ámbitos

106 De acuerdo con este autor, la estructura del sistema normativo posee cuatro dimensiones: una vertical: *"determinada por la subordinación de unas normas a otras en función de su mayor o menor rango o fuerza de obligar respectiva; su expresión es el principio de jerarquía normativa"*; una dimensión horizontal, *"determinada por el diverso origen subjetivo de las normas en los diferentes entes públicos y órganos que integran el Estado global; su expresión es el principio de competencia"*; una dimensión de profundidad, *"determinada por la diversificación de las normas (de cada rango y origen) en función del procedimiento exigido para su elaboración y aprobación; su expresión es el principio de procedimiento"*; y una dimensión temporal, *"determinada por el diverso momento en el que cada norma adquiere validez y vigencia; su expresión es el principio de sucesión cronológica o de posterioridad"*. Ver Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 314.

inferiores (como es el caso de una nueva Constitución frente a la ley). Asimismo, en razón de su poder pasivo, esta norma únicamente puede ser modificada o derogada por otras del mismo nivel o superior¹⁰⁷.

Finalmente, las consecuencias negativas del principio de jerarquía aluden a la nulidad o invalidez de toda norma inferior que se ha emitido con infracción de los procedimientos que la norma de mayor rango establece para su producción, o en cuanto a su contenido material. Todo lo cual, en el caso de la Constitución, da origen al control de constitucionalidad, y a su reconocimiento como norma jurídica suprema del ordenamiento o sistema normativo. En todo caso, y como se ha indicado, dicho examen de validez se verifica respecto de normas vigentes, o sobre los efectos de normas derogadas como se mencionará más adelante. En este último supuesto, lógicamente el control de constitucionalidad de los efectos ultraactivos de una ley ya derogada se produce en cuanto al contenido de la norma, aunque también en cuanto a su procedimiento de emisión, si se trata de una norma derogada que había entrado en vigencia con posterioridad a la emisión de la Norma Fundamental, que justamente había previsto los mecanismos para que esa disposición naciera a la vida jurídica.

107 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 316.

En el caso de los efectos ultraactivos de las normas preconstitucionales, derogadas por la Constitución u otra disposición anterior a la Norma Fundamental, el examen de adecuación únicamente se produce en cuanto al contenido de los efectos aludidos, no así sobre el procedimiento, que había sido previsto en la Constitución ya derogada y, por ende, inexistente, motivo por el cual de ninguna manera la Constitución derogada puede ser utilizada como criterio o parámetro de constitucionalidad, sobre lo cual profundizaremos más adelante al analizar algunas sentencias emitidas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema, especialmente una en la cual se declaró la inconstitucionalidad de una disposición con respecto a la Norma Fundamental derogada de 1871.

Así, una vez aclaradas las diferencias existentes entre los institutos de la validez y vigencia de una norma y entre la declaratoria de inconstitucionalidad y la derogación, se debe insistir en la solución que la Constitución establece respecto de las normas preconstitucionales que le resultan incompatibles. De ahí surge precisamente la necesidad de tener por derogadas tales disposiciones, cuya vigencia ha desaparecido a partir de la fuerza normativa de la Constitución (es decir, por la entrada en vigencia de

una nueva Constitución) y del principio de supremacía, que precisamente la sitúa en el punto más elevado de la estructura jerárquica del sistema normativo.

Sección IV. La inconstitucionalidad sobrevenida.

Es evidente, asimismo, la contradicción existente en el instituto de la inconstitucionalidad sobrevenida, la cual (como lo apuntó Rubio Llorente en su voto particular de la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Español de 2 de febrero de 1981¹⁰⁸) confunde dos instituciones

108 En este sentido, Rubio Llorente explica esta situación de la siguiente manera: *“Disiento de la decisión de mis colegas por la que se considera admisible el presente recurso de inconstitucionalidad, deducido contra preceptos de leyes anteriores a la Constitución que no han sido asumidas explícita o implícitamente por el legislador ordinario actuando en el marco de ésta. Mi disenso se funda en las razones siguientes: 1. Inconstitucionalidad y derogación son instituciones jurídicas distintas, cuyas diferencias no pueden ser abolidas mediante el recurso a un concepto híbrido y contradictorio, el de «inconstitucionalidad sobrevenida», que sirve de base a toda la construcción de la que disiento. La derogación es simple resultado de la sucesión de las normas en el tiempo, la inconstitucionalidad, por el contrario, resulta sólo de la contradicción entre la Constitución y una norma posterior a ella. El principio Lex posterior derogat anteriori es un principio lógico necesario del ordenamiento jurídico que ha de hacerse compatible con el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 de la Constitución y, antes, en el art. 1.2 de nuestro Código Civil), pero que sólo cede ante éste. La Lex posterior no tiene efectos derogatorios cuando es de rango inferior a la Lex anterior, pero sólo entonces. La validez de este principio lógico se ve, además, confirmada por el apartado tercero de la Disposición Transitoria de la Constitución. Tal precepto, aunque tal vez, en rigor, superfluo desde el punto de vista teórico, es ahora utilizado por primera vez en nuestra historia constitucional y no puede tener otro sentido (puesto que ya el*

completamente distintas, una la declaratoria de inconstitucionalidad y otra la derogación de una norma por la Constitución, teniendo en cuenta que son diferentes sus concepciones y sus consecuencias. Pero también se confunde con esta institución la validez de una norma jurídica (que se mide de modo vertical con respecto a la Constitución, o bien la norma que ha regulado su emisión), y su vigencia que alude a su existencia dentro del derecho positivo y su pertinencia al sistema o al ordenamiento jurídico.

Por ese motivo, a continuación será analizado el mito de la inconstitucionalidad sobrevenida, así como la verdadera justificación de este instituto, y será comentada la manera en que el tema ha sido resuelto en el sistema de justicia constitucional costarricense.

apartado primero de la misma Disposición se refiere a normas supralegales) que el de subrayar la eficacia derogatoria que la Constitución tiene respecto de las Leyes ordinarias o las disposiciones de rango inferior. Inconstitucionalidad y derogación difieren también en sus causas y en sus efectos. Como aplicación concreta del principio Lex superior, la inconstitucionalidad puede resultar tanto de vicios formales, de defectos en el modo de elaboración, aprobación o promulgación de la Ley, como de vicios materiales, de la contradicción entre el contenido de ésta y uno o varios preceptos de la Constitución. La derogación se produce sólo como resultado de una explícita decisión posterior o, implícitamente, de una nueva regulación de la misma materia, pero nunca como consecuencia de una modificación en los cauces previstos para la elaboración, aprobación o promulgación de los preceptos jurídicos. La inconstitucionalidad implica la invalidez de la Ley; la derogación, por el contrario, supone la validez y produce sólo la pérdida de vigencia. El hecho de que, en aras de la seguridad jurídica, la declaración de inconstitucionalidad vea atenuados en nuestra Ley Orgánica (art. 40.1) los efectos que en pura teoría cabría tal vez atribuirle, no autoriza a ignorar las diferencias existentes. (...)”

IV.A. El mito de la inconstitucionalidad sobrevenida.

El mito de la inconstitucionalidad sobrevenida se produce en la medida que no existe ninguna justificación de derecho positivo que sustente la pretensión de resolver el conflicto normativo (entre las normas preconstitucionales y la Constitución), mediante la aplicación de este instituto. Lo anterior, teniendo en cuenta que aún en el caso italiano, donde no ha sido proclamada ninguna clausula de derogatoria de todo el derecho anterior a la Constitución que se le opone, la derogación viene impuesta por la fuerza normativa del Texto Fundamental.

Sobre el particular, sin duda son relevantes los comentarios realizados por Aragón, en el sentido que: *“nos parece, por el contrario, que inconstitucionalidad es distinto de derogación, que no cabe hablar de inconstitucionalidad sobrevenida (como no cabe hablar, en el caso de reglamentos, de ilegalidad sobrevenida) y que el Tribunal Constitucional carece de competencia para anular preceptos anteriores a la Constitución (salvo cuando tales preceptos hubieran sido reincorporados posconstitucionalmente al ordenamiento por el propio legislador)”*¹⁰⁹.

109 Véase Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, op. cit., pág. 188. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad sobre los efectos ultra-

Nótese que la invalidez de una norma (por razones de forma) únicamente se puede determinar en la medida en que ha sido emitida con infracción de los procedimientos que la Constitución establece con ese propósito; de ahí que no pueda un Tribunal Constitucional declarar la invalidez y la nulidad por inconstitucional de una norma preconstitucional, pues la vigencia del orden jurídico que le dio origen ha desaparecido por la entrada en vigor de la nueva Constitución; a lo sumo, podría tenerla por derogada en razón de la fuerza normativa de una norma posterior y de mayor rango, es decir la “*Carta Magna*”, si esa incompatibilidad se verifica por razones de fondo.

En este sentido, Rubio Llorente explica que la relación entre la infracción del principio de jerarquía e invalidez no es una necesaria, sino que ha sido creada por el derecho positivo, de tal modo que tratándose de las normas preconstitucionales, tanto la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978 (en su Disposición Derogatoria), cuanto la Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949 (en su artículo 197) estipulan la derogación de estos preceptos siempre que le

activos de las normas preconstitucionales que previamente han sido derogadas por la fuerza normativa de la Carta Magna, como se ha expuesto en el desarrollo de esta investigación.

resulten incompatibles¹¹⁰, siendo esta la solución que el ordenamiento positivo establece para tales casos.

En este orden de ideas, Rubio Llorente insiste en que la incompatibilidad entre la Constitución y la ley, sólo es uno de tantos casos entre normas de distinto rango jerárquico, lo cual no implica necesariamente la invalidez del precepto normativo de menor rango¹¹¹. Así, con anterioridad se había explicado que la dimensión vertical del sistema normativo hace referencia al principio de jerarquía y establece distintas soluciones para este conflicto.

De modo que la resolución de estos asuntos es dada por el derecho positivo, el cual obliga a tener por derogadas todas aquellas disposiciones anteriores que contradicen por el fondo la Norma Fundamental. En el caso de las normas postconstitucionales, la sanción que se genera es la invalidez, tanto por razones de fondo, como de procedimiento.

Desde una perspectiva distinta, sin embargo, Parejo Alfonso critica tanto el criterio vertido por la mayoría del Tribunal Constitucional Español

110 Ver Rubio Llorente, F., La Forma del Poder. (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 366-367.

111 Véase Rubio Llorente, F., La Forma del Poder..., op. cit., pág. 367.

en la sentencia de 2 de febrero de 1981, como el voto de minoría suscrito por Rubio Llorente, pues afirma que: *“arrancan ambos desde un planteamiento desenfocado, casi podría decirse que invertido, de la cuestión básica. Esta es vista no desde la única perspectiva válida —la del conflicto o colisión normativos y sus términos sustantivos (idénticos en todos los casos, cualquiera que sea la posición recíproca de las normas en ellos)-, sino desde la de la imagen diversificada que de los referidos conflictos proyectan los criterios técnicos convencionales establecidos para su resolución en razón precisamente a aquella posición recíproca de las normas y las soluciones que la aplicación de tales criterios comporta. De esta forma, los criterios auxiliares se sustantivan, transformándose en elementos consustanciales de los conflictos normativos, y sus consecuencias dejan de ser efectos para pasar a formar parte de las causas. El resultado final es la artificial diversificación del régimen sustantivo del problema de fondo: la colisión entre normas”*¹¹².

A lo anterior únicamente se puede mencionar que soslaya el autor, no sólo las diversas implicaciones del reconocimiento efectivo de la Constitución como norma jurídica, en cuya razón se deben tener por derogados los preceptos anteriores a ésta que la contradicen, sino también

112 Véase Parejo Alfonso, L., La Constitución y las leyes preconstitucionales, el problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida (a propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema), Revista de Administración Pública, número 94, Madrid, enero-abril, 1981, págs. 212-213.

al alcance de las cláusulas de derogatoria general que normalmente tienen las constituciones, con respecto al derecho anterior que se le opone, y que justamente sancionan con la derogación, no así como la declaratoria de invalidez, este conflicto normativo. En este sentido, una solución distinta a la expuesta en estas líneas, no sólo supone un desconocimiento del sentido literal de esos preceptos, como se ha visto, sino también una mutación que desconoce los límites fijados por los textos constitucionales, especialmente lo dispuesto por las cláusulas aludidas.

Ciertamente, llama profundamente la atención que Díez-Picazo, pese a que desarrolla con claridad la distinción entre vigencia y validez, la derogación y la declaratoria de inconstitucionalidad, también defiende con argumentos poco claros la institución de la inconstitucionalidad sobrevenida y afirma que existe una cierta paradoja en el razonamiento de Rubio Llorente, quien como juez afirma una cosa que desconoce como profesor. Lo anterior, pese a que el mismo autor reconoce, a diferencia de lo que afirma el Tribunal Constitucional Español en sus sentencias de 2 de febrero de 1981 y 8 de abril de 1981, la imposibilidad de asimilar las instituciones de la inconstitucionalidad sobrevenida y la derogatoria por incompatibilidad¹¹³, así como tampoco pueden ser equiparadas la vigencia y

113 Ver Díez-Picazo, L. M., La Derogación de, op. cit., pág. 162.

la validez de una norma jurídica, las cuales como hemos visto se determinan con criterios y juicios distintos.

Al respecto solamente se puede insistir, siguiendo a Rubio Llorente, que la solución a este conflicto es mucho más sencilla de lo que parece, en la medida en que viene impuesta por el derecho positivo¹¹⁴ (es decir, las cláusulas de derogatoria general) y, en definitiva, como bien lo sostiene García de Enterría¹¹⁵, por la fuerza normativa de la Constitución, la cual incluso impone la necesidad de tener por derogadas las normas preconstitucionales, aún en el caso en que no esté contemplada dicha cláusula de derogatoria.

Así, el mismo autor advierte que la crítica realizada por Díez-Picazo se dirige más hacia el criterio de la mayoría del Tribunal Constitucional Español que al voto particular, en la medida en que reconoce que ambos

114 Véase Rubio Llorente, F., La Forma del Poder..., op. cit., págs. 366-368.

115 Véase García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y ..., op. cit., pág. 92. Sobre el particular, García de Enterría aduce: "*La Constitución italiana carece de cláusula derogatoria expresa, pero eso, como se comprende, no la dispensa de derogar todas las normas que se opongan a ella, por ser éste un efecto ligado al carácter innovativo de toda norma y más cuando esta norma es una Constitución y pretende ser, por tanto, el fundamento y base de todo el ordenamiento*".

institutos (la derogación y la declaratoria de inconstitucionalidad) no se pueden equiparar¹¹⁶.

IV.B. La verdadera justificación de la inconstitucionalidad sobrevinida de las normas jurídicas.

Ahora bien, de acuerdo con García de Enterría, el voto particular de Rubio Llorente a la sentencia de 2 de febrero de 1981 defiende la separación completa de las instituciones de inconstitucionalidad y derogación, dejándose la primera para las leyes posteriores a la Constitución, en tanto que la segunda a las anteriores. Aunque este razonamiento lo considera justificado desde “*una línea de rigor lógico*”, a su juicio adolece de una debilidad práctica visible, sobre la cual tiene fundamento la solución italiana.

Esta debilidad consiste en la inseguridad jurídica que se puede generar si se deja a los tribunales ordinarios la posibilidad de decidir si una norma ha sido derogada o no por la fuerza normativa de la Constitución¹¹⁷.

116 Ver Rubio Llorente, F., La Forma del Poder... op. cit., págs. 366-368.

117 Sobre el particular, Ignacio de Otto, ha sostenido: “*en efecto, por lo que hace a la eficacia derogatoria de la Constitución es claro que por su apreciación por el propio juez significa que queda sometida a su enjuiciamiento una parte notabilísima, sobre todo por su importancia, de las leyes a aplicar. A la entrada en vigor de la Constitución es todo el*

En este sentido, García de Enterría aduce que: *“es rendir tributo al conceptualismo más estricto romper la unidad de la operación en dos vías y sistemas judiciales diversos, y romperlo en el sentido precisamente opuesto a las finalidades que el “monopolio del rechazo” del Tribunal Constitucional intenta asegurar. Ya hemos notado más atrás que la fórmula alemana reserva al Tribunal Constitucional una posibilidad correctora de los excesos (en más o menos) en que puedan incurrir los Tribunales ordinarios, a través de la disponibilidad indefinida e imprescriptible del recurso directo de inconstitucionalidad, reserva que nuestro Tribunal Constitucional no dispone”*¹¹⁸.

ordenamiento el que queda sujeto a ese juicio por el juez ordinario (...). Con ello se viene a crear una situación de inseguridad jurídica que se acentúa por el carácter disperso de la Jurisdicción, que hace posible que un juez considere vigente lo que para otro está derogado. Aunque esa inseguridad se reduce por los mecanismos de unificación de la jurisprudencia mediante la casación e instituciones similares, el innegable riesgo que conlleva explica que en Italia se haya negado la posibilidad de apreciación de la derogación por el juez y se haya sometido al monopolio del Tribunal Constitucional en los mismos términos que la declaración de nulidad de la ley inconstitucional. Y es también esa razón práctica la que explica que el Tribunal Constitucional español haya decidido que, si bien el juez puede apreciar por sí mismo la derogación, cabe también que plantee la cuestión ante el Tribunal para que éste pueda pronunciarse acerca de ella con una sentencia con eficacia erga omnes”. Véase De Otto, I., Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes, Ariel Sociedad Anónima, segunda edición, Barcelona, 1988, págs. 81-82.

118 Véase García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y ..., op. cit., pág. 99. A lo anterior es posible contestar, de acuerdo con Rubio Llorente: “que esa solución que sigo creyendo la constitucionalmente obligada) puede dar lugar en este caso, como en todos los de derogación tácita, a decisiones discordantes, es cosa evidente. Pero ni este riesgo, fácilmente enmendable mediante el recurso de amparo (que no existe en Italia, cuya Constitución tampoco tiene cláusula derogatoria), ni el prurito de depurar el ordenamiento, también en lo que toca a las leyes preconstitucionales, mediante decisiones con fuerza erga omnes, autorizan a prescindir de un mandato expreso de la Constitución que es, como digo, también el más acertado de los posibles y cuyo respetuoso acatamiento en modo alguno choca con las ideas, que sigo profesando, acerca

Esta crítica, sin embargo, soslaya que si bien el control de constitucionalidad únicamente se puede realizar sobre las normas vigentes o postconstitucionales (dado que las preconstitucionales han sido derogadas por la fuerza normativa de la Constitución), también es lícito que se realice ese control sobre los efectos de las normas pre y postconstitucionales que sobreviven a esa derogación y que regulan las situaciones que han nacido a la vida jurídica durante el período de su vigencia¹¹⁹.

De modo que esta vía puede ser utilizada por los tribunales constitucionales para uniformar sus argumentos y corregir los criterios sostenidos por los tribunales ordinarios a la hora de determinar el derecho aplicable a la solución de un caso concreto. Lo anterior, teniendo en cuenta que los pronunciamientos de estos tribunales gozan de eficacia erga omnes. Tampoco se puede olvidar que los tribunales constitucionales, como cualquier otro órgano jurisdiccional, también pueden tener por derogada

de la estructura abierta y por muchas razones peculiar de los enunciados normativos de la Constitución". Ver Rubio Llorente, F., La Forma del Poder..., op. cit., págs. 366-368.

119 Sobre el particular, se debe tener en consideración lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en el sentido que:

"Artículo 3.- Se tendrá por infringida la Constitución Política cuando ello resulte de la confrontación del texto de la norma o acto cuestionado, de sus efectos, o de su interpretación o aplicación por las autoridades públicas, con las normas y principios constitucionales."

una norma anterior a la Constitución que le resulta incompatible, todo lo cual desvirtúa el riesgo de la dispersión jurisprudencial que advierte García de Enterría, en la tesis que propone Rubio Llorente.

Sección V. La derogación de las normas preconstitucionales en el sistema de justicia constitucional costarricense.

Finalmente, y en lo que atañe a la doctrina costarricense, ésta se ha limitado a repetir los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional Español en sus sentencias de 2 de febrero de 1981 y 8 de abril de 1981, según los cuales la declaratoria de inconstitucionalidad es la premisa para tener por derogada o anulada una norma preconstitucional, motivo por el cual esa declaratoria únicamente podía ser realizada por el órgano a que alude el artículo 10 constitucional.

V.A. La perspectiva tradicional.

En este orden de ideas, Ortiz Ortiz, afirmó: *"pareciera correcta la afirmación de que cuando se trata de leyes anteriores y opuestas a la Constitución, hay meramente un problema de derogación, que afecta la vigencia, pero no la validez de la ley preconstitucional; y que, a la inversa, cuando se trata de una ley posconstitucional; hay*

exclusivamente un problema de invalidez y no de vigencia. Ninguna de las dos afirmaciones es correcta. No la primera, porque la invalidez de la norma preconstitucional implica la desaparición de ésta, una vez declarada aquella. Y tampoco verdadera la segunda afirmación, pues la ley opuesta a la Constitución es siempre inválida, sin que ello impida que sea, además, una norma derogada por la Constitución, en ambos casos a partir de la vigencia de ésta”¹²⁰.

De otro lado, también se ha sostenido que el monopolio de rechazo atribuido a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por el artículo 10 constitucional, lo es tanto respecto a la validez de las normas subconstitucionales como a su vigencia. Lo anterior, partiéndose de la hipótesis que la Sala Constitucional disfruta del monopolio para resolver todo tipo de conflictos de normas relacionados con la Constitución, porque la declaratoria de inconstitucionalidad no es más que el resultado de la solución de ese conflicto, sea por razones de validez o de vigencia¹²¹.

V.B. La derogación de las normas preconstitucionales a partir de la normatividad de la Constitución.

120 Véase Ortiz Ortiz, E., Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios), Litografía e Imprenta, Lil, Sociedad Anónima, San José, 1990, pág. 63.

121 Véase Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución, op. cit., pág. 86.

En realidad, todas estas consideraciones nacen a partir de una interpretación que contradice, a todas luces, el sentido literal del artículo 197 de la Constitución Política, así como las diversas implicaciones del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, que sanciona con la derogación (y, por ende, con la pérdida de la vigencia) aquellas disposiciones preconstitucionales que resultan incompatibles frente a ella.

De ahí que la declaratoria de inconstitucionalidad sobre las normas de derecho público de cualquier naturaleza, a que alude el artículo 10 constitucional (es decir el monopolio del rechazo), únicamente se puede producir respecto de las normas vigentes, o bien sobre los efectos de las normas derogadas (pre y post constitucionales), en aplicación del principio de ultra-actividad de las normas jurídicas, lo cual será visto a continuación.

Sección VI. El principio de ultra-actividad de las normas jurídicas y la invalidez de los efectos de las normas preconstitucionales.

Una vez aclarados los alcances de la fuerza normativa de la Constitución sobre las normas preconstitucionales, se debe analizar la posibilidad de los tribunales constitucionales de valorar la conformidad con

el Derecho de la Constitución de los efectos que sobreviven a su derogación, justamente en aplicación del principio de la ultra-actividad de las normas jurídicas.

En este sentido, es evidente que al amparo de este tipo de normas (al igual que en el caso de las postconstitucionales) han surgido situaciones a la vida jurídica que aún después de su derogatoria se rigen por estas disposiciones.

Todo ello se produce, como bien lo señala Santamaría Pastor, en todos los supuestos de irretroactividad de las normas: *“la norma X sustituye y deroga formalmente a la norma Y; pero, al ser la norma X irretroactiva, la norma Y, aún derogada, continuará aplicándose a las situaciones nacidas con anterioridad a su extensión¹²²”*. En estos casos, se dice que la norma es ultraactiva (más bien sus efectos) por cuanto continúa rigiendo las situaciones constituidas durante su período de vigor, *“más allá de su desaparición formal¹²³”*.

De este modo, en esta sección no sólo será desarrollada la definición del principio de ultra-actividad de las normas jurídicas, sino también serán comentados los distintos tipos de ultra-actividad (propia e impropia), así

122 Ver Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 385.

123 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 385.

como la manera en que pueden ser sometidos al juicio de inconstitucionalidad y a la declaratoria de invalidez, desde una perspectiva vertical o de jerarquía, con respecto a la Constitución.

VI.A. El principio de ultra-actividad de las normas jurídicas.

De esta manera, el principio de ultra-actividad hace referencia a posibilidad de las normas jurídicas de regular aquellas situaciones que han surgido bajo su observancia, aún después de haber perdido su vigencia o vigor por efecto de la derogación. De acuerdo con Santamaría Pastor este fenómeno o principio no tiene, *“ciertamente, nada de misterioso. De una forma u otra, toda norma continúa surtiendo efectos en el tiempo, aún después de su derogación. Del mismo modo que los hombres se perpetúan en sus obras, las normas permanecen a través de los actos y hechos cumplidos bajo su vigencia y con sujeción a sus prescripciones; hechos y actos que, más pronto o más tarde, han de ser valorados en el curso de un proceso judicial. Y esta valoración habrá de ser realizada conforme al contenido de la norma bajo cuyo imperio se llevaron a cabo, aunque ya formalmente derogada. La ultra-actividad, en cambio, es un fenómeno diverso y bastante más simple: consiste, sencillamente, en una derogación aparente. La norma irretroactiva deroga a la anterior, pero sólo en parte: la deroga en cuanto a los hechos o relaciones que, constituyendo su supuesto de hecho, aparezcan en el futuro; pero, al ser irretroactiva, la mantiene en vigor*

*respecto de dichos hechos o relaciones surgidos en el pasado. En última instancia, pues, la ultra-actividad no es sino una ficción lingüística que tiene por objeto salvar un efecto derogatorio imprecisamente explicado en el texto de la norma derogante”*¹²⁴.

De otro lado, Delgado Echeverría entiende que la ultra-actividad de una norma jurídica se produciría en la circunstancia que una ley siga determinando las consecuencias posteriores de hechos acaecidos con anterioridad a su derogación, motivo por el cual según el autor, debe entenderse que la norma está vigente para estos casos y sólo para ellos¹²⁵. De modo que si la ley derogatoria carece pura y simplemente de efectos retroactivos, la única norma de conflicto será la ultra-actividad de la ley derogada, la cual continuará regulando todas las situaciones (y sus efectos) nacidas bajo su vigencia¹²⁶.

124 Véase Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho . . ., op. cit., pág. 385.

125 Ver Delgado Echeverría, J., Las normas derogadas, validez, vigencia y aplicabilidad, en Revista de Derecho Privado y Constitución, número 17, Madrid, enero-diciembre de 2003. págs. 231-232

126 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de, op. cit., pág. 221. Sobre el particular, este autor advierte que en la sucesión temporal de leyes que regulan una misma materia, el conflicto que se produce puede ser resuelto en atención a dos criterios: uno, la retroactividad de la ley derogatoria; otro, la ultra-actividad de la ley derogada. Ambas reglas, dice este autor, son “*de signo inverso y se excluyen mutuamente, de manera que o hay retroactividad o hay ultra-actividad. Es más: el espacio normativo que no es cubierto por una viene necesariamente ocupado por la otra. Esto quiere decir que, si la ley derogatoria carece pura y simplemente de efectos retroactivos, la única norma de conflicto será la ultra-actividad de la ley derogada, la cual continuará regulando todas las situaciones –y sus efectos- nacidas bajo su vigencia.*”

Dicho principio de ultra-actividad, de acuerdo con Delgado Echeverría, nació con el nombre de *survie* (supervivencia de la ley antigua) en el contexto de la doctrina de Roubier, para dar cuenta de aquellos casos en que, con respecto a situaciones en curso, por excepción se regían aún por la ley derogada¹²⁷.

VI.B. Tipos de ultra-actividad.

Sobre el particular, la doctrina especializada tradicionalmente ha distinguido dos tipos de ultra-actividad, dependiendo de si los efectos surgen por la fuerza de la propia norma que ha sido derogada, o si por el contrario se originan a partir del contenido de la norma derogante. De esta manera, es posible encontrar los siguientes tipos:

- *una propia*, que es precisamente a la que se ha hecho referencia en el apartado anterior, y en la cual es la propia ley derogada la que, por sí misma, continúa desplegando efectos jurídicos respecto de las situaciones que han

127 Ver Delgado Echeverría, J., Las normas derogadas, validez, vigencia y aplicabilidad, op. cit., pág. 248.

surgido al amparo de su vigencia, sin necesidad de otra norma (vigente) que la habilite para seguir desplegando efectos jurídicos

- y, *otra impropia*, que alude a los casos del período de *vacatio* de la ley derogatoria, la sujeción o término iniciales de la ley derogatoria, la previsión en una disposición transitoria de la ley derogatoria de cierta eficacia de la ley derogada con respecto a situaciones pendientes o, incluso, futuras y la remisión por parte de una ley en vigor a conceptos de normas de una ley derogada; en tales casos, la fuerza de la ley derogada no es otra que la que procede de la norma vigente¹²⁸, que la sustituye.

Así, en los casos de ultra-actividad propia, no es la ley derogatoria la que en forma expresa o tácita se remite a la ley derogada, otorgándole cierta fuerza normativa, sino que es la propia norma derogada la que, por sí misma, continúa regulando determinadas situaciones. Lo anterior por cuanto, en el caso del período de *vacatio* de la ley derogatoria, el transcurso de ese término es un requisito para la entrada en vigor de la ley; de ahí que mientras no se haya consumado, la derogatoria todavía no ha adquirido vigencia y, por ende, aún no se ha producido el efecto derogatorio¹²⁹.

128 Ver Díez-Picazo, L. M., La Derogación de op. cit., págs. 221-224.

129 Ver Díez-Picazo, L. M., La Derogación de op. cit., pág. 222.

De igual modo, en el supuesto del sometimiento a un término o condición de la ley derogatoria, todavía no se produce el efecto derogatorio mientras no se realiza esa condición o plazo, de tal manera que la ley eventualmente derogada aún no ha tenido ningún efecto ultra-activo¹³⁰.

Finalmente, en el caso en que se prevea una disposición transitoria de la ley derogatoria que otorga cierta eficacia a la ley derogada, tampoco existe una verdadera ultra-actividad de la segunda, pues *la fuerza normativa de la ley derogada no emana de ella misma, sino de la disposición transitoria que la llama a regular ciertas situaciones*¹³¹.

En todos estos supuestos, como bien lo señala Díez-Picazo, el control de constitucionalidad no se ciñe sobre los efectos de la ley derogada, pues por tratarse de una ultra-actividad impropia, es la norma que realiza la remisión la que termina siendo objeto de dicho control¹³². Al respecto, el mismo autor agrega: “*la distinción entre ultra-actividad propia e impropia tiene, además, una vertiente práctica desde el punto de vista de validez. En los casos de ultra-actividad propia, el control de constitucionalidad de la ley ultraactiva se referirá sólo a ella; pero en los casos de ultra-actividad impropia, la verificación de la*

130 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de ..., op. cit., págs. 222 y 223.

131 Ver Díez-Picazo, L. M., La Derogación de ..., op. cit., pág. 223.

132 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de ..., op. cit., págs. 224 y 225.

inconstitucionalidad de la ley ultraactiva necesariamente arrastrará también la de la norma legal en vigor que ordena la eficacia de la ley derogada”¹³³.

VI.C. El juicio de validez sobre los efectos ultra-activos de las normas preconstitucionales.

A diferencia de lo que se ha insistido a lo largo de esta investigación con respecto al conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución, es claro que la facultad de someter al control de constitucionalidad los efectos ultra-activos de una ley derogada no admite mayor discusión. Lo anterior por cuanto, es evidente que *“los efectos normativos de las leyes derogadas no gozan, por la simple circunstancia de proceder de una fuente estelirizada, de inmunidad alguna¹³⁴”* con respecto a la Norma Fundamental.

Esta situación ha sido explicada por Díez-Picazo de la siguiente manera: *“la ratio por la que en el ordenamiento existen los institutos de la derogación y el control de constitucionalidad en nada se ve afectada por el hecho de que una ley haya sido derogada. En otras palabras, si la derogación es expresión de la inagotabilidad de la*

133 Ver Díez-Picazo, L. M., La Derogación de op. cit., pág. 224.

134 Ver Díez-Picazo, L. M., La Derogación de op. cit., pág. 225.

potestad legislativa o indefinida capacidad del legislador para configurar el ordenamiento y si el control de constitucionalidad viene impuesto como exigencia de la supremacía de la Constitución, en la medida en que las leyes derogadas continúen desplegando efectos no hay motivo alguno por el que esos efectos deban resultar indisponibles para el legislador o puedan vulnerar impunemente preceptos constitucionales”¹³⁵.

El punto consiste en determinar la manera en que se verifica dicho control, cuál es el órgano competente para realizarlo, así como las consecuencias que se producen de esa situación. Así, en el sistema de justicia constitucional costarricense, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha admitido la posibilidad de examinar la conformidad con el Derecho de la Constitución de normas derogadas¹³⁶.

135 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de ..., op. cit., pág. 225.

136 Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 2000-01918 de 1º de marzo, señaló: “I.- *El primer punto a analizar en la presente acción de inconstitucionalidad es que la norma cuya inconstitucionalidad se pide declarar no está vigente, debido a la derogatoria del Código Municipal, Ley N°4579 del 4 de mayo de 1970 por la ley N°7794 del 30 de abril de 1998. Lo anterior no impide realizar el examen del caso pues, de constatarse alguna infracción a normas o principios constitucionales, se haría una declaración en tal sentido en relación a los efectos que durante su vigencia hubiera producido la norma impugnada en relación al demandante e incluso terceros. De toda suerte, el nuevo Código Municipal contiene una norma casi idéntica a la impugnada, cuya constitucionalidad, en el evento de una sentencia estimatoria, podría ser analizada por conexidad, de conformidad con el artículo 89 de la Ley que rige esta jurisdicción*”. De igual modo, en la sentencia No. 2000-2583 de 22 de marzo, se dijo: “II.- *Objeto de la impugnación. La acción de inconstitucionalidad es planteada contra los Decretos Ejecutivos N°24382, N°24383, N°24384 y N°24385*

En este sentido, no se aprecia ninguna razón que justifique un tratamiento

publicados en al Gaceta N° 126 del martes 4 de julio de 1995 y además se impugna el Acuerdo de la Junta Directiva del Instituto Costarricense de Pesca y Acuicultura (INCOPESCA) del 1 de junio de 1995 N° A-JD-140-95, por considerarlos contrarios a los numerales 11, 28, 33,46, 50 y 56 de la Constitución Política. Los mismos accionantes en su escrito de interposición, indicaron que la normativa impugnada fue suspendida su aplicación por un decreto posterior. En efecto, mediante Decreto Ejecutivo N° 24481-MAG-TUR del 18 de julio de 1995 publicado en la Gaceta N° 143 de 28 de julio de 1995, se suspendió la vigencia de los decretos N° 24383 y 24385-MAG-TUR por el plazo de un año. Además, debe tomarse en cuenta que por Decreto Ejecutivo N° 24966-MAG-TUR del 2 de febrero de 1996 publicado en La Gaceta N° 41 del 27 de enero siguiente, se derogaron los decretos números N°24382, N°24383, N°24384 y N°24383-MAG-TUR, así como el decreto N° 24481-MAG-TUR con rige a partir de su publicación. Si bien como se puede apreciar, pocos días después de haberse planteado esta acción de inconstitucionalidad (1-2-96), la normativa impugnada fue derogada, en éstas circunstancias y para casos anteriores, la Sala ha vertido su criterio expresando: "...En cuanto a la admisibilidad de la acción, debemos decir que en términos generales, el control de constitucionalidad se ejerce con referencia al derecho vigente, sin embargo, puede pensarse en algunos casos de excepción a esta regla. Hay situaciones en que una norma derogada puede haber sido aplicada durante su vigencia o estarse aplicando en violación de la Constitución y en perjuicio de un sujeto cuyo agravio subsiste después de la derogación, en cuyo caso aquella norma puede y debe ser objeto de interpretación y control aunque no esté vigente al tiempo de dictarse la sentencia; se trata de los casos en que la derogatoria no convierte la cuestión en algo abstracto que impida el posterior control constitucional de la norma derogada..." Sentencia N° 3152-94 de las 15:12 horas del 28 de junio de 1994. "... sin embargo, no empece para que la Sala, con el objeto de asegurar la supremacía del Derecho de la Constitución, considere la acción en cuanto al fondo, en vista de que aún las normas derogadas pueden ser impugnadas y eventualmente declaradas inconstitucionales, sea por los efectos que hubiesen causado durante su vigencia, o, incluso, por la posibilidad de que, de declararse la nulidad de la Ley que las derogó, resurjan a la vida jurídica..." Sentencia 1319-97 de las 14:51 horas del 4 de marzo de 1997. Así las cosas, En el caso concreto de esta acción, es procedente hacer el análisis de constitucionalidad, pues la normativa impugnada pudo haber causado afectación a los intereses de los pescadores nacionales, es decir, en aplicación del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la inconstitucionalidad es un medio razonable de amparar el derecho o interés que se consideren lesionados al momento de ser planteada esta demanda, razón por la que se entrará a conocer del fondo de lo planteado ».

diferenciado de las normas preconstitucionales o postconstitucionales, cuyos efectos producidos por su ultra-actividad igualmente son susceptibles de control. Es distinta, sin embargo, la solución que se ha ensayado en el ordenamiento jurídico español, en el cual se ha diferenciado entre el control de los efectos de normas derogadas pre y post constitucionales, reconociéndose al juez ordinario la posibilidad de realizarlo en el primer supuesto¹³⁷. En este orden, Díez-Picazo advierte: *“tratándose de leyes preconstitucionales derogadas, el control de constitucionalidad puede ser efectuado, naturalmente, por el juez ordinario, porque la entrada en vigor de la Constitución interrumpe la ultra-actividad de aquellas”*.

Por su parte, y en lo que toca al control de los efectos de las normas derogadas postconstitucionales, el Tribunal Constitucional Español (en la sentencia de 29 de junio de 2000) ha sostenido: *“[a] diferencia de lo que suele acontecer en los recursos de inconstitucionalidad, la modificación de alguno de los preceptos impugnados no comporta una parcial pérdida sobrevenida del objeto del proceso (TC SS 111/1983, de 2 Dic, FJ 2; 28/1997, de 13 Feb., FJ 2; y 234/1999, de 16 Dic, FJ 2). Como recientemente hemos dicho en la TC S 46/2000, de 17 Feb., FJ 2, "Ha de tenerse en cuenta que si en los recursos de inconstitucionalidad la pérdida de vigencia de un precepto legal ulterior a su impugnación sólo conlleva la desaparición del objeto de esa*

137 Véase Díez-Picazo, L. M., *La Derogación de ...*, op. cit., págs. 228-229.

*impugnación constitucional en los casos en los que pueda excluirse toda aplicación de la ley derogada a hechos acaecidos con posterioridad a su pérdida de vigencia (TC SS 160/1987, de 27 Oct., FJ 6; 150/1990, de 4 Oct., FJ 8; 385/1993, de 23 Dic, FJ 2; y 50/1999, de 6 Abr., FJ 9), en las cuestiones de inconstitucionalidad, al depender el fallo del proceso judicial precisamente de la resolución de la citada cuestión, resulta determinante la normativa vigente en aquel momento (en este caso, la norma aplicable al momento de realizarse el hecho imponible, que no era otra que la L 44/1978) y, en consecuencia, resulta ineludible declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma cuestionada"*¹³⁸.

Este tratamiento diferenciado, sin embargo, no parece acertado, pues al juzgarse sobre la validez de los efectos ultra-activos de normas con rango de ley, lógicamente en estos supuestos se verifica el monopolio del rechazo de que gozan los tribunales constitucionales para expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones que contradicen la Constitución, así como la sujeción de los jueces al imperio de la ley, quienes tienen la obligación de plantear la cuestión de constitucionalidad correspondiente, si consideran esos efectos inconstitucionales.

¹³⁸ Citada por Delgado Echeverría, J., Las normas derogadas, validez, vigencia y aplicabilidad, op. cit., págs. 201-202.

Pero esta conclusión todavía es más evidente en el sistema de justicia constitucional costarricense, donde la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el artículo 10 de la Carta Magna, no sólo disfruta del monopolio del rechazo respecto de las normas con rango de ley, sino en relación con todo el ordenamiento jurídico (en la medida en que están vigentes), o sobre sus efectos ultra-activos.

También es necesario aclarar que en tales hipótesis no es la ley derogada la que se somete al control de constitucionalidad y al juicio de validez con respecto a la Constitución (puesto que no goza de existencia positiva), sino únicamente los efectos ultra-activos de esa disposición, que han sobrevivido al efecto derogatorio.

De esta manera, a todas luces es evidente que se puede realizar el control de constitucionalidad sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas, pre y post constitucionales, pues en ambas la declaratoria de inconstitucionalidad (y, por ende, de nulidad al haber realizado el juicio de validez) sin duda supone la imposibilidad de desplegar efectos jurídicos ultra-activos.

Sobre el particular, Díez-Picazo sostiene: “esto conlleva que la declaración de inconstitucionalidad es perfectamente predicable de leyes derogadas, ya que la nulidad es simplemente un juicio negativo sobre la validez, esto es, la constatación de que una norma ha sido producida sin respetar las condiciones —materiales o formales— que le vienen impuestas por las correspondientes normas sobre la producción jurídica jerárquicamente supraordenadas. De este modo, como también se indicó en su momento, vigencia y validez son realidades conceptualmente diferentes, de suerte que, en la medida en que una norma que ya no está vigente sigue produciendo efectos, tiene pleno sentido interrogarse acerca de su validez”¹³⁹.

VI.D. La interpretación conjunta de los artículos 10 y 197 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

De todo lo anterior se concluye (al menos en el sistema de justicia constitucional costarricense), que es una facultad de todo órgano jurisdiccional, incluyendo lógicamente a la Sala, el tener por derogada una norma jurídica anterior a la Constitución si le resulta incompatible, teniendo en consideración, en primer lugar, la fuerza normativa de la *Ley Fundamental*, en segundo, la cláusula de derogatoria general que estipula el artículo 197 constitucional y, tercero, el principio *lex posterior derogat priori*.

139 Véase Díez-Picazo, L. M., La Derogación de ..., op. cit., pág. 231.

Esta es precisamente la solución (o la sanción) que establece el derecho positivo a aquellas normas anteriores a la Constitución que se oponen a ella (es decir, el examen de vigencia y su derogatoria), lo cual es una competencia de que goza todo órgano jurisdiccional, al momento de dilucidar cuál es el derecho aplicable para la resolución de un conflicto de intereses.

Ahora bien, en vista que el efecto derogatorio de la Constitución normalmente no es retroactivo sino a futuro, es posible que la norma preconstitucional derogada continúe rigiendo aquellas situaciones jurídicas que han surgido al amparo de su vigencia, en aplicación del principio de ultra-actividad de las normas jurídicas.

En tal supuesto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es el órgano que goza de la facultad para declarar la inconstitucionalidad (y, en consecuencia, la invalidez y la nulidad) de los efectos de las normas preconstitucionales que han sobrevivido a su derogatoria. De todo lo anterior se desprende que mientras las normas preconstitucionales son aquellas cuya vigencia es anterior a la Constitución, las normas postconstitucionales, como hemos visto, han nacido a la vida

jurídica en forma posterior, luego de haber observado los procedimientos que la Norma Fundamental establece para su producción.

Pero es preciso insistir sobre las soluciones que el ordenamiento jurídico establece, en particular el costarricense, para resolver el conflicto normativo que se puede generar si se oponen a la Constitución. Así, en el primer caso, el de las normas preconstitucionales, la Constitución prevé su derogatoria, mientras que las postconstitucionales son susceptibles de control de constitucionalidad.

Ciertamente, aunque en otras latitudes el control de las normas preconstitucionales es un tema en apariencia superado (ya analizaremos con detalle la jurisprudencia que sobre el particular ha emitido el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español) no sucede lo mismo en el sistema de justicia constitucional costarricense, en el cual no hay acuerdo sobre la forma en que debe ser abordada esta cuestión; es decir, si se trata de un fenómeno de validez de la norma preconstitucional frente a la Constitución, o si por el contrario es uno de aplicación de las normas en el tiempo.

Tampoco ha sido posible efectuar una interpretación integral y coherente de lo dispuesto en los artículos 10 y 197 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, que permita al operador jurídico dilucidar cuáles son los órganos competentes para resolver estos conflictos. Lo anterior sin duda es evidente si se revisa los criterios sostenidos en su momento por la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica (cuando hacía funciones de control de constitucionalidad) y ahora por la Sala Constitucional, de donde no se deduce una línea jurisprudencial uniforme. Tales criterios jurisprudenciales también los analizaremos en otros capítulos de esta investigación.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico costarricense, el tema de las normas preconstitucionales ha sido previsto en el artículo 197 de la Constitución Política, que dispone:

***“Artículo 197.-** Esta Constitución entrará en plena vigencia el ocho de noviembre de 1949, y deroga las anteriores. Se mantiene en vigor el ordenamiento jurídico existente, mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la presente Constitución.”*

De modo que cuando el artículo 10 de la Constitución Política le atribuye a la Sala Constitucional la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las normas de derecho público de cualquier naturaleza, lo hace en la medida en que estén vigentes, o sobre los efectos de las normas derogadas, pre y post constitucionales, cuando así resulte necesario en aplicación del principio de la ultra-actividad de las normas jurídicas. Es, precisamente, en estos casos en que se verifica el monopolio del rechazo, como lo hemos señalado.

Es claro entonces que el artículo 10 constitucional, al establecer el control de constitucionalidad, únicamente lo hace en términos de validez, no de aplicación de las normas en el tiempo, razón por la cual la declaratoria de inconstitucionalidad a través de sus distintas modalidades de control a posteriori (acción y consultas judiciales) en principio tiene como resultado la anulación de la norma impugnada¹⁴⁰.

Lo anterior, sin duda es una consecuencia directa del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica dotada de coercitividad, en los

140 Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la facultad de que goza la Sala Constitucional de adoptar otras soluciones en la parte dispositiva de sus sentencias, entre ellas, la interpretación conforme al Derecho de la Constitución.

términos en que ha sido desarrollado por García de Enterría¹⁴¹. De modo que es una competencia de los jueces ordinarios, por su obligación de dilucidar cual es el derecho aplicable al caso concreto, determinar si una norma preconstitucional ha sido derogada o no por la entrada en vigencia de la Norma Fundamental.

Es claro que con esa afirmación el autor se separa de la conclusión esbozada por Jurado Fernández, quien sostiene: *“el monopolio de rechazo atribuido a la Sala Constitucional por el artículo 10 constitucional, lo es tanto respecto a la validez de las normas subconstitucionales, como a su vigencia, pues el precitado numeral atribuye a la Sala Constitucional la competencia de declarar “..., la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza”. Esto quiere decir que la Sala Constitucional ostenta el monopolio para resolver todo tipo de conflicto de normas que se presente en relación con la Constitución, porque la declaratoria de inconstitucionalidad no es más que el resultado de la solución de ese conflicto, sea por razones de validez, sea por razones de vigencia”*¹⁴². Lo anterior por cuanto, en ese caso no hay control de constitucionalidad, sino una resolución de un conflicto normativo de aplicación de normas en el tiempo.

141 Ver García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional, op. cit., págs. 89-100. Este autor, sin embargo, se inclina por considerar que esa derogación debe ser conocida por el Tribunal Constitucional por un problema pragmático, tal y como se realiza en el sistema italiano, todo lo cual será visto luego.

142 Véase Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución ..., op. cit., pág. 86

Sin embargo, como las normas preconstitucionales, aún después de haber sido derogadas, al igual que cualquier otra norma post-constitucional, pueden generar efectos jurídicos que sobreviven en el tiempo (en aplicación del principio de ultra-actividad de las normas jurídicas) el Tribunal Constitucional, goza de la competencia para declarar en términos de validez si tales efectos sobrevivientes se adecuan o no a la Norma Fundamental, y disponer su anulación si es del caso.

Lo anterior como lo hemos dicho responde a la irretroactividad del efecto derogatorio de la Constitución sobre la norma anterior a ella que le resulta incompatible, la cual debe tenerse por derogada precisamente desde el momento en que entró en vigencia la Norma Fundamental. Es claro que durante el período de vigencia de la norma preconstitucional surgieron a la vida jurídica determinadas situaciones, que en aplicación del principio de ultra-actividad deberían regirse por la norma derogada.

De ahí que si bien no es posible efectuar el control de constitucionalidad sobre las normas preconstitucionales derogadas (en tanto la sanción que establece la propia Constitución es la pérdida de su

vigencia) si es dable realizarlo sobre los efectos sobrevivientes de estas normas, como lo hemos detallado con anterioridad.

De esta manera, el control de constitucionalidad, a diferencia del examen de vigencia que estipula el artículo 197 constitucional, únicamente puede ser realizado por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, quien disfruta del monopolio del rechazo en los términos del artículo 10 constitucional.

De lo anterior se deduce que si el juez ordinario tiene dudas sobre la adecuación a la Constitución de una norma jurídica (post constitucional, o sobre los efectos ultra-activos de las normas preconstitucionales que previamente han sido derogadas por la fuerza normativa de la Constitución), tiene la obligación de formular la consulta judicial de constitucionalidad (dada su doble sujeción a la Constitución y la ley) para que sea la Sala Constitucional quien realice un juicio definitivo acerca de la conformidad de esa disposición.

A pesar de lo anterior, en la doctrina costarricense reiteradamente se discute sobre el carácter más o menos concentrado del sistema de justicia

constitucional¹⁴³, a partir de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, según el cual:

“Artículo 8.-

Los funcionarios que administran justicia no podrán:

1.- Aplicar leyes ni otras normas o actos de cualquier naturaleza, contrarios a la Constitución Política o al derecho internacional o comunitario vigentes en el país. Si tuvieren duda sobre la constitucionalidad de esas normas o actos, necesariamente deberán consultar ante la jurisdicción constitucional.

Tampoco podrán interpretarlos ni aplicarlos de manera contraria a los precedentes o la jurisprudencia de la Sala Constitucional.”

En este sentido, y con sustento en lo dispuesto en esta norma, se ha discutido si los jueces ordinarios participan en alguna medida del control de constitucionalidad. A lo anterior, únicamente se puede responder que la norma mencionada de ninguna manera autoriza a los tribunales ordinarios para desaplicar, por razones de constitucionalidad, una disposición jurídica, de modo que tienen la obligación ineludible de plantear la consulta judicial facultativa si consideran que una disposición es incompatible frente a la

143 Sobre el particular, bien se puede revisar Castillo Víquez, F., La protección de los derechos fundamentales en la Jurisdicción Constitucional y sus vicisitudes, Juritexto, San José, 2008, págs. 111-113, y Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución ..., op. cit

Constitución Política o la jurisprudencia vinculante de la Sala Constitucional.

En este orden de ideas, si bien quienes definen una tesis contraria se apoyan en el criterio expuesto por la Sala Constitucional en la sentencia No. 1185-95 de 2 de marzo (en que se evacuó la consulta planteada por el Juzgado Segundo de lo Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda de San José, sobre los artículos 15 de la Ley No. 6966 de 25 de septiembre de 1984 y 8° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, No. 7333 de 5 de mayo de 1993), esa argumentación no sólo supone un desconocimiento de los alcances del artículo 10 de la Constitución Política, sino una mutación constitucional que en los términos de Hesse desborda la teoría normativa de la Constitución y, más bien, constituye una anulación de esta¹⁴⁴, al ser

144 Véase Hesse, K., Escritos de, op. cit., págs. 99 y 103. De lo que se trata entonces es de no vulnerar la literalidad de la norma constitucional, ni de suponer una contradicción directa del sentido o la finalidad del texto normativo; por ello, de acuerdo con Hesse “*la mutación constitucional y sus límites sólo se alcanza a entender con claridad cuando la modificación del contenido de la norma es comprendida como cambio “en el interior” de la norma constitucional misma, no como consecuencia de desarrollos producidos fuera de la normatividad de la Constitución*”. En este orden, y siguiendo el razonamiento de este autor, “*todo lo que se sitúe más allá de estas posibilidades no será ya mutación constitucional sino quiebra constitucional o anulación de la Constitución*”.

reformado materialmente el artículo 10 ídem, de acuerdo con una interpretación errónea del artículo 8 de la Ley No. 7333¹⁴⁵.

Sobre el particular, de ningún modo se puede soslayar los comentarios realizados por Solano Carrera, en su artículo: *La aplicación directa de la Constitución (el caso de Costa Rica)*, los cuales también son compartidos en esta investigación, en cuanto potencia los alcances del método concentrado (en grado máximo), que se desprende del sentido literal del artículo 10 de la Constitución Política¹⁴⁶. Es distinto, como lo hemos visto, el supuesto de las normas preconstitucionales, cuya derogatoria y examen de vigencia no sólo son exigidos por el sentido literal del artículo 197 de la Constitución Política, que sin duda establece un criterio completamente distinto para resolver este conflicto normativo, sino también por el valor normativo de la Constitución.

En suma, es necesario reiterar que el juez ordinario, una vez que ha tenido por derogada una norma preconstitucional por resultar incompatible frente a la Constitución, debe plantear la consulta judicial de constitucionalidad si considera que sus efectos sobrevivientes vulneran la

145 Sobre lo anterior, bien se puede consultar Orozco Solano, V. La fuerza normativa de la Constitución, op cit.

146 Ver Solano Carrera, L. F., La aplicación directa de la Constitución (el caso de Costa Rica), Revista Judicial, San José, Año XIX, N°61, abril 1995, págs. 35-71.

Norma Fundamental¹⁴⁷. En este marco, el examen de validez realizado por la Sala sin duda vincula al anterior de vigencia desarrollado por el juez ordinario, teniendo en consideración los alcances del artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional¹⁴⁸.

En todo caso, esta construcción sólo es posible si se reconocen todos los alcances de la fuerza normativa de la Constitución, y el principio de supremacía constitucional, como se expuso de manera resumida con

147 El artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 198 de 19 de octubre de 1989, dispone:

“Artículo 102.-

Todo juez estará legitimado para consultarle a la Sala Constitucional cuando tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento.

Además, deberá hacerlo preceptivamente cuando haya de resolver los recursos de revisión a que se refiere el artículo 42 de la Constitución Política, fundados en una alegada violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa; pero esto solamente para los efectos de que la Sala Constitucional defina el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar ni valorar las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso.”

148 El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

“Artículo 13.- La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes erga omnes, salvo para sí misma.”

anterioridad. Lo anterior, a partir de una interpretación armónica de los artículos 10¹⁴⁹ y 197 de la Constitución Política.

En suma, como el pronunciamiento de la Sala Constitucional tiene efectos *erga omnes*, su criterio vincula al juez ordinario, no sólo en cuanto al examen validez de tales efectos, sino también sobre el anterior de vigencia efectuado con arreglo al 197 constitucional. De esta forma termina la Sala uniformando la jurisprudencia de los tribunales ordinarios acerca de la derogatoria o no de las normas preconstitucionales.

Finalmente, se debe mencionar que la eficacia del fallo anulatorio de la Sala sobre los efectos de las normas preconstitucionales derogadas por

149 El artículo 10 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone: *"Artículo 10.- Corresponderá a una Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia declarar, por mayoría absoluta de sus miembros, la inconstitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público. No serán impugnables en esta vía los actos jurisdiccionales del Poder Judicial, la declaratoria de elección que haga el Tribunal Supremo de Elecciones y los demás que determine la ley.*

Le corresponderá además:

a) Dirimir los conflictos de competencia entre los dos poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones así como demás entidades u órganos que indique la ley.

b) Conocer de las consultas sobre proyectos de reforma constitucional, de aprobación de convenios o tratados internacionales y de otros proyectos de ley, según se disponga en la ley."

fuerza de la Constitución, al igual que en los supuestos de las normas derogadas postconstitucionales, son retroactivos o *ex tunc*, a partir de la entrada en vigencia de la norma impugnada. Lo anterior, sin perjuicio de la potestad del Tribunal Constitucional de dimensionar en el tiempo los alcances del efecto anulatorio, en los términos en que está regulado en el artículo 91 Ley de la Jurisdicción Constitucional¹⁵⁰.

No tendría ninguna relevancia práctica la declaratoria de inconstitucionalidad que la Sala realice sobre dichos efectos ultra-activos, sino se puede extender el alcance anulatorio a partir de su momento de emisión anterior a la Constitución Política. En este sentido, lo contrario sería reconocer que los efectos ultra-activos que regulan las situaciones generadas con arreglo a las normas derogadas por la Constitución quedan exonerados del control de constitucionalidad, lo cual resulta inadmisibles.

Tales son, pues, las maneras en que se debería producir las relaciones entre las normas preconstitucionales y el Texto Fundamental, siempre a

¹⁵⁰ El artículo 91 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula:

“Artículo 91.- La declaración de inconstitucionalidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha de vigencia del acto o de la norma, todo sin perjuicio de derechos adquiridos de buena fe.

La sentencia constitucional de anulación podrá graduar y dimensionar en el espacio, el tiempo o la materia, su efecto retroactivo, y dictará las reglas necesarias para evitar que éste produzca graves dislocaciones de la seguridad, la justicia o la paz sociales.”

partir de la derogación de los preceptos anteriores a la Constitución y que se oponen.

A pesar de lo anterior, no existe un acuerdo jurisprudencial ni doctrinario sobre la forma en que se debería abordar este conflicto, si se revisa con detenimiento los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana, el Tribunal Constitucional Español, y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica. Esos criterios jurisprudenciales serán revisados en posteriores capítulos, luego de examinar, en concreto, las relaciones entre las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad, así como el funcionamiento y las competencias de los principales tribunales constitucionales, lo cual se hará a continuación.

CAPÍTULO II.

LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Una vez expuestos en los capítulos anteriores los argumentos relativos al reconocimiento efectivo del carácter normativo y supremo de la Constitución, así como los referentes a la derogación de los preceptos preconstitucionales que se oponen a la Norma Fundamental, en el presente será revisada la relación entre las normas preconstitucionales y las que integran el bloque de constitucionalidad, tanto desde la perspectiva del ordenamiento jurídico francés, como del español y el costarricense.

Lo anterior también nos obliga a realizar algunos comentarios sobre el origen de esta institución, que corresponde a la tradición jurídica francesa y la manera en que con posterioridad fue receptado por el ordenamiento jurídico español y por el costarricense, señalándose además qué normas lo integran en cada sistema u ordenamiento.

Con posterioridad, será revisada en concreto la relación entre las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad en cada ordenamiento jurídico, argumentándose siempre a favor de la derogación

de las normas anteriores a la Constitución y que la contradicen, a partir del carácter normativo de las normas que componen el Texto Fundamental.

Sección I.- Aproximación al bloque de constitucionalidad: concepto, significado y contenidos.

En esta sección será analizado el origen del bloque de constitucionalidad, así como las normas que lo integran tanto en el ordenamiento jurídico francés, el español y en el costarricense, las cuales son utilizadas por los jueces constitucionales para determinar si una norma es conforme o no con el Derecho de la Constitución (que como se profundizará en el último capítulo, en la tradición jurídica costarricense justamente se corresponde con el bloque de constitucionalidad).

Sobre lo anterior, y en términos similares al caso de los preceptos que componen la norma constitucional, es preciso insistir sobre el carácter normativo y exigible de las normas que en cada ordenamiento jurídico se corresponden con el bloque de constitucionalidad, así como al hecho que, al igual que en el caso de las normas constitucionales, suponen la existencia de limitaciones y controles al ejercicio del poder. Así, en el caso particular de la

Constitución, Aragón ha señalado: *“al margen de todo tipo de adjetivaciones, hablar de Constitución tiene sentido cuando se la concibe como un instrumento de limitación y control del poder. Efectivamente el control es un elemento inseparable del concepto de Constitución si se quiere dotar de operatividad al mismo, es decir, si se pretende que la Constitución se realice, en expresión, bien conocida de Hesse; o dicho en otras palabras, si la Constitución es norma y no un mero programa puramente retórico. El control no forma parte únicamente de un concepto “político” de Constitución, como sostenía Schmitt, sino de su concepto jurídico, de tal manera que sólo si existe control de la actividad estatal puede la Constitución desplegar su fuerza normativa y sólo si el control forma parte del concepto de Constitución puede ser entendida ésta como norma”*¹⁵¹.

Es claro que la ausencia de controles al ejercicio del poder genera abusos y arbitrariedades, y así lo ha entendido Robles Leal al sostener que *“evidentemente la historia nos ha demostrado que cualquier poder ilimitado conduce al menosprecio del ser humano, producto, en buena parte de los efectos que ese poder puede tener en su detentador. De manera muy gráfica Lord ACTON resumió esta cuestión en su célebre frase “el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”*¹⁵²

151 Ver Aragón, M., Constitución y Control de Poder, Universidad Externado de Colombia, 1999, pág. 12.

152 Robles Leal, A., Un criterio para distinguir las competencias de Control de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Elecciones, ..., op. cit., pág. 5

Pero la Constitución Política no sólo es una norma jurídica (es decir, un instrumento normativo de control de poder), sino también es suprema y, como se ha insistido a lo largo de esta investigación, está situada en la cúspide del ordenamiento jurídico. Por ese motivo ha sido dotada de mecanismos jurídicos y políticos para su defensa, los cuales no son equiparables, teniendo en cuenta que los controles jurídicos de la Constitución se originan a partir del reconocimiento de la existencia de un parámetro objetivo de valoración de todo el ordenamiento infra-constitucional (así como de los actos y las omisiones de los poderes públicos), que normalmente componen el texto de la Constitución y el bloque de constitucionalidad. De ahí que tratándose del control jurídico de constitucionalidad (que utiliza como parámetro objetivo de enjuiciamiento de todo el ordenamiento constitucional el bloque de constitucionalidad) la actividad del órgano de justicia constitucional no es libre ni arbitraria, sino sometida a la Norma Básica, imputable a la misma; desde allí, explica Fernández Rodríguez, *“los tribunales constitucionales suelen adoptar una postura que alarga los principios que recoge la Norma Fundamental, en especial a lo que atañe a los derechos y libertades. Tras períodos de una observancia estricta del texto constitucional, desde hace unos años los tribunales constitucionales han procedido a incidir en el sentido de una serie de principios antes mas intederminados y ahora de*

destacada importancia para examinar las leyes sometidas a control. Aludimos, por ejemplo, al principio de proporcionalidad o de racionalidad”¹⁵³.

Un ejemplo de lo anterior, de acuerdo con el mismo autor, es Bélgica en el cual a la inicial limitación de las normas que integraban el parámetro de control de constitucionalidad (es decir, los artículos de la Constitución relativos al reparto de competencias entre el Estado, las Comunidades y las Regiones) fueron adicionados: el principio de igualdad, la interdicción de la discriminación y la libertad de enseñanza, en virtud de una reforma en el año 1988¹⁵⁴. En Costa Rica, como lo hemos adelantado, en el artículo 10 de la Constitución Política se ha encomendado la competencia a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de juzgar la conformidad de todo el ordenamiento infra-constitucional con respecto a la Constitución y al bloque de constitucionalidad.

A continuación analizaremos la relación entre las normas preconstitucionales y las disposiciones que componen el bloque de constitucionalidad, cuyo origen puede ser encontrado en el sistema francés, no sin antes repasar las normas que lo integran en cada ordenamiento

153 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., págs. 63-64.

154 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 64.

jurídico (particularmente Francia, España y Costa Rica). Con posterioridad, serán analizadas las relaciones entre las normas preconstitucionales y las normas que integran el bloque de constitucionalidad en cada sistema, y cómo resolver el conflicto normativo que se produce cuando entran en colisión.

I.A. El origen del bloque de constitucionalidad y las normas que lo componen en el sistema francés.

De acuerdo con Fernández Rodríguez, el término bloque de constitucionalidad fue introducido por la doctrina francesa en los años setenta del siglo XX, para referirse a lo que el Consejo de Constitucionalidad Francés¹⁵⁵ ha denominado “*principios y reglas de valor constitucional*”. Así en su jurisprudencia, el Consejo Constitucional reconoce todas las implicaciones del concepto sin utilizarlo expresamente¹⁵⁶. Se trata

155 La Constitución Francesa de 1958, en su Título VII, regula la composición y las funciones del Consejo Constitucional, el cual está integrado por nueve miembros. En sus decisiones, este Órgano Jurisdiccional puso fin a una prolongada tradición de soberanía ilimitada de la Ley, al afirmar de manera tajante que el Legislador “*dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui sante q'imposet à tous les organes de l'État*”, así como la expresión: “*la loi...n'exprime la volonté générale que dan le respect de la Constitution*” Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, la Jurisdicción Constitucional en la Quinta República, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, págs. 111 y 112

156 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 65.

entonces de un conjunto normativo “*que sirve de parámetro de referencia que engloba, al margen de la vigente Constitución de 1958, el Preámbulo de la misma Constitución y, con él, por el hecho de que se cita en el mismo, la revolucionaria Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la anterior Constitución, la de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República (a los que remite el Preámbulo de la Constitución de 1946)*”¹⁵⁷.

De esta manera, aunque en un inicio se pensaba que el Consejo Constitucional realizaría el control de constitucionalidad de manera marginal, ante la inexistencia de un parámetro de constitucionalidad suficientemente amplio, como para permitir al Consejo el desempeño de su función (en la medida en que el Texto Fundamental no poseía una parte dogmática de reconocimiento de derechos y libertades públicas), con posterioridad el Consejo desmintió esas previsiones iniciales al extender de manera considerable el parámetro y elaborar los cimientos de lo que luego la doctrina denominó bloque de constitucionalidad, lo cual trascendió las fronteras francesas (como se verá más adelante) para ser utilizado de manera regular en la Teoría General del Derecho Constitucional¹⁵⁸.

157 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 65.

158 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, la Jurisdicción Constitucional en la Quinta República, op. cit., págs. 116 y 117. En palabras del autor: “*en realidad, la función de control de constitucionalidad quedaba concebida de una forma absolutamente marginal, para recurrir a ella esporádicamente. Esto era algo fácilmente apreciable en el caso*

Cabe mencionar, siguiendo a Roussillon, que la expresión bloque de constitucionalidad estrictamente proviene del Derecho Administrativo y, en concreto, del bloque de legalidad, que es bien conocido en las cuestiones administrativas¹⁵⁹. Al respecto, Requejo Rodríguez sostiene que la doctrina francesa no hizo sino adaptar al ámbito constitucional el concepto administrativo de “*bloque de legalidad*” y actualizar la noción de “*supralegalidad constitucional*” ya presente en la obra de Hauriou.

En este sentido, el primero se refería al parámetro utilizado por el Consejo de Estado Francés “*para determinar la legalidad de los actos administrativos (ley, reglamentos, jurisprudencia) la segunda alude a una serie de principios que, sin estar recogidos en la Constitución vigente y sin existir siquiera una remisión en su favor, vinculan a las normas infra-constitucionales y al propio texto constitucional. La supralegalidad constitucional operará, de este modo, no sólo como criterio de validez de normas legales sino también como parámetro de una reforma*

de las leyes orgánicas y los reglamentos de las asambleas, normas sobre las cuales el Consejo Constitucional efectuaría un control preceptivo, pero agotando buena parte de su competencia en el momento de ejercerla, puesto que su propia naturaleza las hace especialmente perennes y, por tanto, poco proclives a excesivas modificaciones posteriores que pudieran dar lugar a un nuevo control al menos en períodos relativamente breves de tiempo. Algo parecido se pronosticaba en relación a los tratados internacionales, que tampoco deberían ser objeto de control por el Consejo con excesiva frecuencia” págs. 113 y 114.

159 Ver Roussillon, H., Le Conseil Constitutionnel, Dalloz, 2004, París, pág. 49

constitucional que será invalidada por el órgano competente, a semejanza de lo que venían realizando el Tribunal de Conflictos y el Consejo de Estado, si pretendiera revisar los principios que, de manera tácita o expresa, integran esa ilegitimidad constitucional¹⁶⁰”.

De modo que el bloque de legalidad, de acuerdo con Favoreu permitía designar, por encima de las leyes, a todas las reglas que se imponían a la Administración en razón del principio de legalidad y que no compartían, ciertamente, la misma situación que las primeras, en la medida en que algunas poseían un origen jurisprudencial, particularmente las referidas a los principios generales del Derecho. A partir de allí se ha desarrollado por la doctrina francesa la noción del bloque de constitucionalidad que parece adecuado para designar al conjunto “*de los principios y reglas de valor constitucional*”¹⁶¹.

Como se ha adelantado, en la actualidad el bloque de constitucionalidad lo constituyen: el articulado de la Constitución, el Preámbulo de la Constitución de 1958 (y, con ello, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, el preámbulo de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las

160 Véase Requejo Rodríguez, P., Bloque de Constitucional y Bloque de la Constitucionalidad, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997, pág. 25.

161 Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Cívitas, 1991, pág. 20.

leyes de la República), los principios generales del derecho de valor constitucional, la conciliación o armonización de las normas y principios constitucionales, y entre las normas de rango infra-constitucional: la Ordenanza Orgánica relativa a las Leyes de Presupuestos y otras leyes y ordenanzas orgánicas u ordinarias.

A continuación serán analizadas cada una de las normas que en el sistema francés componen el bloque de constitucionalidad, el tratamiento que han recibido por parte del Consejo Constitucional (y, en concreto, algunas de las decisiones en que ha reconocido el valor referido a esas disposiciones) y la manera en que la doctrina ha contribuido en la consolidación del bloque o en la delimitación de sus contenidos.

a) El articulado de la Constitución de 1958:

De acuerdo con Pardo Falcón, el articulado de la Constitución hace referencia a la parte dispositiva del Texto Fundamental, sin tener en consideración al Preámbulo. Dicho elemento es el más importante de los que integran el bloque de constitucionalidad en lo que atañe a la materia de organización y funcionamiento de las autoridades públicas. En este sentido, la mayor parte de las normas jurídicas que componen el articulado de la

Constitución regulan las instituciones fundamentales del Estado y, en ese sentido, es particularmente relevante el Título V: “*Des rapports entre le Parlement et le Gouvernement*”, en que se regula el funcionamiento del Parlamento¹⁶².

Dicho título ha sido utilizado por el Consejo Constitucional para controlar “*la constitucionalidad de los reglamentos de las cámaras y de las leyes orgánicas, que se ocupan de tales instituciones, control que en ambos casos ha efectuado desde un primer momento, y que se ha ido sucediendo sin significativas variaciones cada vez que se ha producido alguna modificación de esas normas*”¹⁶³.

Cabe mencionar que el Consejo Constitucional se compone por dos tipos de miembros; es decir, los designados por las autoridades constitucionales competentes, y los miembros de derecho¹⁶⁴. Asimismo, el Presidente del Consejo Constitucional es nombrado entre ambos tipos de

162 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, la Jurisdicción Constitucional en la Quinta República, op. cit., págs. 116 y 117.

163 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, la Jurisdicción Constitucional en la Quinta República, op. cit., pág. 118. Sobre el particular, el autor menciona las siguientes decisiones del Consejo Constitucional Francés D. 2DC de 17, 18 y 24 de junio de 1959 (AN) y D. 3DC de 24 y 25 de junio de 1959.

164 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés,, op. cit., págs. 65 y 67.

miembros y tiene voto de calidad¹⁶⁵. En este sentido, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 56 de la Constitución Francesa¹⁶⁶, los miembros *designados* son elegidos en forma discrecional por tres autoridades, el Presidente de la República y los Presidentes de las dos Cámaras

165 Véase Bon, P., A propósito del Consejo Constitucional Francés, en memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Homenaje al Dr. Rodolfo E. Piza E, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2002, pág. 399.

166 El artículo 56 de la Constitución Francesa de 1958 dispone: "*Le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres dont le mandat dure neuf ans et n'est pas renouvelable. Le Conseil Constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres son nommés par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée Nationale, trois par le Président du Sénat (...)*".

Cabe mencionar que esta disposición ha sido modificada en virtud de la Ley Constitucional No. 2008-724 de 23 de julio, la cual entrará en vigor en las condiciones fijadas por las leyes y leyes orgánicas necesarias para su aplicación. De esta manera, y en virtud de esa ley constitucional, el texto del artículo 56 ídem será el siguiente:

"ARTICULO 56. El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años. Tres de la Asamblea Nacional y tres por el Presidente del Senado. El procedimiento previsto en el último párrafo del artículo 13 será aplicable a sus miembros serán nombrados por el Presidente de la República, tres por el Presidente de estos nombramientos. Los nombramientos realizados por el Presidente de cada Cámara serán sometidos únicamente al dictamen de la comisión permanente competente de la Cámara correspondiente.

Además de los nueve miembros arriba mencionados, los ex-Presidentes de la República serán miembros vitalicios de pleno derecho del Consejo Constitucional.

El Presidente será nombrado por el Presidente de la República. Tendrá voto de calidad en caso de empate."

Legislativas, en tanto que los *de derecho* son aquellos que adquieren esa calidad en su condición anterior de expresidentes de la República¹⁶⁷.

Entre las normas constitucionales que con más frecuencia ha utilizado el Consejo Constitucional Francés en el ejercicio de sus atribuciones, Pardo Falcón menciona las siguientes:

- el artículo 64: que consagra el principio de independencia judicial y de la inamovilidad de los magistrados de la carrera;

167 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, op. cit., pág. 77. Cabe mencionar que ni la Constitución de 1958, ni la Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional, someten el nombramiento de los miembros de este órgano a algún requisito, de ahí que pueda ser escogida cualquier persona que disfrute de los derechos civiles y políticos, no necesariamente un profesional en derecho. Asimismo, el mandato de cada consejero tiene una duración de 9 años sin posibilidad de reelección. Ahora bien, en lo que atañe a los miembros de derecho, la doctrina ha considerado que su inclusión obedece a una motivación doble y hasta cierto punto paradójica: *"en efecto, por un lado se pretendía destacar de este modo la continuidad del régimen republicano por encima de avatares políticos y modificaciones constitucionales, rindiéndose al mismo tiempo un homenaje a quienes habían sido en su momento Presidentes de la Cuarta República, Vicent Auriol y René Coty; pero, por otro lado, esta deferencia también tenía como finalidad fundamental, según algunos, el apartar definitivamente a ambos ex presidentes de la vida política activa, asegurándoles un retiro digno con su integración en la nueva institucional constitucional"*¹⁶⁷. Por su parte, el Presidente del Consejo Constitucional es elegido a través de una decisión personal de quien ocupe el cargo de Presidente de la República, de acuerdo con el párrafo 3º del artículo 56 de la Constitución Francesa de la Quinta República.

- el artículo 65: que establece el principio de garantía de la libertad individual a cargo de la autoridad judicial;
- el artículo 2.1: que alude al principio de indivisibilidad de la República;
- el artículo 4: relativo al principio de la libre formación de grupos políticos;
- el artículo 72.2: que proclama el principio de libre administración de las colectividades territoriales;
- el artículo 3.3: en que se reconoce el derecho de igualdad en el sufragio¹⁶⁸.

Finalmente, y de acuerdo con el mismo autor, han sido excluidas del bloque de constitucionalidad las siguientes disposiciones del articulado de la Constitución: 1º y 77 al 88, los cuales han perdido su vigencia en cuanto se

168 Sobre todo lo anterior, véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 118 y 119.

referían a la extinta Comunidad¹⁶⁹. También menciona el autor que en algunas ocasiones el Consejo Constitucional ha preferido aplicar una disposición de la Declaración de 1789 sobre el Texto de la Constitución, que puede tener un sentido similar, como es el caso del artículo 2.1, en que se proclama el derecho de igualdad¹⁷⁰.

De otro lado, Favoreu sostiene que las disposiciones de la Constitución de 1958 a penas representaron, por sí mismas, el sesenta por ciento de las normas invocadas ante el Consejo Constitucional Francés, de acuerdo con un estudio elaborado durante los años 1959 y 1987, según el cual el aludido Consejo, también en un sesenta por ciento de los casos que dieron origen a decisiones de anulación, declaró la violación de alguna de las normas del Texto Constitucional¹⁷¹.

b) El Preámbulo de la Constitución de 1958.

169 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 119. Sobre el particular Luis Favoreu afirmó: "*Todas las disposiciones de la Constitución tienen la misma fuerza. Ahora bien, hay que señalar que los artículos 77 a 88 –relativos a la Comunidad, que ha desaparecido en 1960, con el acceso a la independencia de los antiguos territorios de África- ya no son aplicables*". Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, op. cit., pág. 26.

170 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 119 y, en sentido similar Roussillon, H., Le Conseil Constitutionnel, op. cit., pág. 51.

171 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 25-26.

De acuerdo con Rousseau, el valor normativo de la Declaración de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946 ha sido objeto de gran controversia doctrinal antes del año 1971. Por un lado, Carré de Malberg y Eximen habían insistido que esos textos no poseían ningún valor normativo, sino que suponían sendas declaraciones de buenas intenciones morales y filosóficas, de ahí que constituían, en su criterio, un texto literario más que un texto normativo¹⁷².

Por el otro, varios autores han sostenido (entre ellos Hauriou y Duguit) que esas declaraciones sí poseen fuerza normativa y el mismo valor que el texto constitucional. Por esa razón, estos textos imponían el deber al legislador de respetar el contenido de sus disposiciones¹⁷³.

En la actualidad el preámbulo de la Constitución de 1958, en su primer párrafo proclama lo siguiente:

“Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l’homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu’ils ont été définis

172 Ver Rousseau, D., Droit du Contentieux Constitutionnel, Montchrestien, París, 2010, pág. 92.

173 Véase Rousseau, D., Droit du Contentieux Constitutionnel, op. cit., pág. 92.

par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946”

Sobre el contenido de esa disposición, Pardo Falcón afirma que inicialmente estaba desprovisto de todo valor normativo y constitucional, de acuerdo con los autores del Texto Fundamental de 1958. En palabras del autor: *“el tema —que se plantea con claridad absoluta durante los debates constitucionales— queda resuelto cuando el comisario del Gobierno, invocando el fantasma del gobierno de los jueces, convence a los miembros del Comité Consultivo Constitucional que habían introducido una enmienda concediéndole dicho valor del extraordinario y desaconsejable poder que se atribuiría al Consejo Constitucional en tal caso, al facultarle para controlar la actividad legislativa también en materia de derechos y libertades. La enmienda es retirada y en el seno del Comité parece hacerse firme la idea de que el Preámbulo de la Constitución de 1958 no va a gozar del mismo valor normativo que las disposiciones incluidas dentro del texto articulado”*¹⁷⁴.

En vista que dicha tesis prevaleció de manera pacífica entre quienes redactaron la Constitución Francesa de la V República, Pardo Falcón supone que ni el Comité ni el Gobierno consideraron necesario diseñar en el Texto Constitucional alguna disposición que excluyera expresamente del

174 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 120.

control de constitucionalidad la materia contenida en el Preámbulo de la Constitución, como se verificó en la Norma Fundamental de 1946¹⁷⁵. Pues bien, tan pronto como las circunstancias políticas lo permitieron, el Consejo Constitucional atribuyó valor constitucional al Preámbulo de 1946 por medio de la famosa decisión del 16 de julio 1971¹⁷⁶, a la Declaración de 1789 mediante la decisión del 27 de diciembre de 1973 y, de manera general, a todos los textos referidos en el Preámbulo de la Constitución de 1958¹⁷⁷. Así, en la decisión de 16 de julio 1971, el Consejo Constitucional se pronunció sobre una posible violación de la libertad de asociación y anuló una disposición legislativa por ser contraria a uno de los principios

175 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 120.

De acuerdo con el autor, en ese sentido se manifestaron Ch. Eisenmann y L. Hamon en el Coloquio de Heidelberg, celebrado en 1962 (La juridiction constitutionnelle en droit français, Colloque de Heidelberg, 1962 págs. 231-291).

176 Sobre lo anterior, Francisco Fernández Segado ha comentado: *"Sería el propio Conseil quien, en la motivación jurídica de sus decisiones, iba a ir precisando las normas de référence que habían de servirle de base, de canon, de parámetro para su fiscalización constitucional. Como ya se ha puesto de relieve en diversos momentos, el hito fundamental de este proceso lo encontramos en la tantas veces citada Decisión de 16 de julio de 1971. En ella (considerando segundo), el juez constitucional se refería por vez primera a los "principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República", expresamente mencionados por el constituyente en la Cuarta República en el primer párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946 y solemnemente reafirmados por el Preámbulo de la Carta de 1958. Véase Fernández Segado, F., La Justicia Constitucional: Una visión de derecho comparado, Tomo II, La Justicia Constitucional en Francia, Dykinson, S.L., Madrid, 2009, pág. 520-521.*

177 Véase Rousseau, D., Droit du Contentieux Constitutionnel, op. cit., pág. 94.

fundamentales reconocidos por las leyes de la República contenidos indirectamente en el mismo¹⁷⁸.

De acuerdo con Rivero, desde ese momento la Constitución Francesa se ha duplicado en tamaño por la voluntad del Consejo Constitucional¹⁷⁹, pues con la aludida decisión se integró en el bloque de constitucionalidad, no sólo el Preámbulo de 1958 propiamente dicho, sino también otros textos jurídicos de contenido mucho más denso, es decir: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 con los *“principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y los principios políticos económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo a los que este último hace referencia”*¹⁸⁰.

De esta manera nació en el sistema francés un complejo sistema de fuentes constitucionales en materia de derechos fundamentales y libertades

178 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 122. En palabras de Jean Rivero: *"Le Conseil Constitutionnel a-t-il rendu, le 16 juillet 1971, sa décision Marbury v. Madison en affirmant l'inconstitutionnalité des dispositions adoptées par le Parlement qui instituaient une forme de contrôle préalable sur les déclarations d'association ? Il serait imprudent de l'affirmer. Pourtant, la décision existe, et -c'est précisément sur la violation d'un des "principes fondamentaux reconnus par les lois de la République" que se fonde la censure prononcée par le Conseil"*. Véase Rivero, J, Le Conseil Constitutionnel et les Libertés, segunda edición, Économica, Paris, 1987.

179 Véase Rivero, J, Le Conseil Constitutionnel et les Libertés, Économica, Paris, 1984, pág. 168. Citado por Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 122.

180 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 122.

públicas, no sólo por su nomenclatura sino por los momentos históricos en que esos textos fueron redactados, que plantea severos problemas al intérprete y al operador jurídico, en el momento de su aplicación¹⁸¹. Sobre lo anterior, Rubio Llorente ha sostenido: *“ya esta integración en la Constitución de dos textos que responden a espíritus y concepciones muy distintos, y entre los que inevitablemente se producen antinomias, bastaría para hacer del bloc un cuerpo más bien deforme, junto al cual el Título I de nuestra Constitución pueda ser considerado, sin exageración, como un monumento de claridad cartesiana (...)*¹⁸².

Así, y siguiendo con el mismo autor, esta extensión de la noción de las normas constitucionales y su indefinición plantea en el sistema francés profundos problemas de interpretación, que haría desplazar de los países con jurisdicción constitucional los temas claves del control, por el de determinar cual es, al fin de cuentas, la norma constitucional con la cual debe ser valorada la conformidad del ordenamiento infra-constitucional, es decir, cuál es la norma constitucional que sirve como parámetro de control¹⁸³.

181 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 123.

182 Véase Rubio Llorente, F., La Forma del Poder..., op. cit., pág. 107.

183 Véase Rubio Llorente, F., La Forma del Poder..., op. cit., págs. 107-108. Sobre lo anterior, Favoreu ha destacado la labor desplegada por el Consejo Constitucional Francés, justamente en la delimitación de las normas y los principios que integran el bloque de constitucionalidad, de modo que en su criterio, la lista de las normas que actualmente componen el bloque de constitucionalidad francés está cerrada. En palabras del autor: “por

De modo que la expresión *bloc de constitutionnalité* no es para Rubio Llorente la denominación de una categoría, “*sino el enunciado de un problema, y de un problema, además, que no hace referencia alguna, ni de lejos ni de cerca, a la función de delimitación competencial que realizan al menos parte de las normas (para algunos autores y en algunas sentencias del Tribunal Constitucional, todas las normas) que entre nosotros se consideran parte del bloque de la constitucionalidad*”¹⁸⁴.

c) La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.

tanto la composición actual del bloque de constitucionalidad es novedosa y está integrada por cuatro partes, por cuatro categorías de normas: están las disposiciones de la Constitución de 1958, es decir, desde el artículo 1 al 92 y su Preámbulo, algunas de cuyas disposiciones concretas han sido ya objeto de aplicación, como la relativa al derecho a la autodeterminación de los pueblos de ultramar. Pero a estas disposiciones hay que añadir las categorías a las que también hace referencia el Preámbulo de 1858, es decir, hay que añadir los diecisiete artículos de la Declaración de 1789, más los diecisiete párrafos del Preámbulo de 1946, más los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. La lista está cerrada no hay otra cosa. En algún momento anterior quizá podrían haberse añadido otras normas, pero hoy esta hipótesis debe quedar ya definitivamente excluida. Así lo pone claramente de manifiesto una comunicación que recientemente acaba de exponer el profesor Vedel: existen cuatro categorías de normas de referencia. Eso es todo. Entonces, veamos cada una de las categorías que integran esas normas de referencia y después las normas que quedan excluidas”. Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 61-62.

184 Véase Rubio Llorente, F., La Forma del Poder..., op. cit., págs. 108.

A pesar que desde el año 1973 el Consejo Constitucional había afirmado que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 también integraba el bloque de constitucionalidad (particularmente, desde la D. 51DC de 27 de diciembre de 1973, así como en otras decisiones posteriores: D. 56.DC de 23 de julio de 1975, D. 67DC de 15 de julio de 1976, D. 83DC de 20 de julio 1977 y D.101DC de 17 de enero de 1979) a finales de la década de los setenta se suscitó una discusión doctrinal entre quienes consideraban que la aludida Declaración, en su totalidad, poseía valor constitucional, y quienes se lo atribuían únicamente a determinadas disposiciones¹⁸⁵.

En este sentido, dicha polémica fue aclarada por el Consejo Constitucional, con la D. 132 DC de 16 de enero de 1982, en que afirmó: *“le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789”*; lo anterior, sin hacer ningún tipo de

185 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 123. Sobre el particular, Luis Favoreu ha sostenido: *“el conjunto de las disposiciones (arts. 1 a 17) de la Declaración de 1789 es aplicable. En un primer momento, ciertos autores sostuvieron que únicamente algunas tenían valor de Derecho positivo y eran susceptibles de recibir aplicación. Sin embargo, el Consejo Constitucional no hace ninguna distinción entre ellas y, además, ha aceptado decidir prácticamente sobre la base de todas ellas. Por otra parte, observemos, de paso, que las prescripciones contenidas en los artículos 1 a 17 de la Declaración son comparables a las que figuran en el Capítulo II de la Constitución española (arts. 14 al 38). Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 20.*

distinción sobre las disposiciones de la Declaración, otorgándose pleno valor constitucional a sus normas¹⁸⁶.

De lo anterior, Favoreu ha concluido que *“el lugar ocupado por la Declaración en el seno del bloque de constitucionalidad es, sin duda alguna, tan importante al menos como el de sus otros componentes, contrariamente a lo que se podría sostener antes de 1981-1982: el Consejo Constitucional, en su decisión de 16 de enero de 1982, ha confirmado que, a pesar de su edad, la Declaración de derechos del hombre tiene una fuerza, al menos igual a la del Preámbulo de 1946”*¹⁸⁷.

De esta forma, el Consejo Constitucional Francés ha declarado numerosas inconstitucionalidades por violación de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, convirtiéndose en el segundo instrumento más utilizado luego del propio

186 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, op. cit., pág. 123. Sobre esta disputa doctrinal y su posterior resolución por parte del Consejo Constitucional Francés en el sentido que todas las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 tienen valor constitucional y fuerza normativa, Dominique Rousseau ha comentado: *“En effet, si la doctrine a pu, un moment, router de la constitutionnalité de ce texte au motif que certaines de ses dispositions ne concernent ni les droits de l’homme, ni les principes de la souveraineté nationale, ou qu’elles son contredites par les nouveaux principes de 1946, il est clair, notamment depuis la décision du 16 janvier 1982, que chacun des 17 articles de la Déclaration de 1789 a une valeur constitutionnelle”*. Véase Rousseau, D., Droit du Contentieux Constitutionnel, op. cit., pág. 94.

187 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 27-28.

texto del articulado constitucional, y el primero en materia de derechos fundamentales y libertades públicas; lo anterior, al año 1990¹⁸⁸.

d) El Preámbulo de la Constitución de 1946.

El Consejo Constitucional Francés, en la D. 54 DC de 15 de enero de 1975, aplicó por primera ocasión los principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios a nuestro tiempo, recogidos en el Preámbulo de 1946, y les otorgó rango constitucional. En la práctica, el Consejo Constitucional ha utilizado la expresión “*principios enumerados en la Constitución de 1946*” o la de Preámbulo de la Constitución de 1946, para referirse a esta categoría¹⁸⁹.

188 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 123.

189 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 125. El Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946, es el siguiente:

"Apenas alcanzada por los pueblos libres la victoria sobre los regímenes que pretendieron sojuzgar y degradar la persona humana, el pueblo francés proclama, una vez más, que todo ser humano, sin distinción de raza, de religión o de creencias, posee derechos inalienables y sagrados. Reafirma solemnemente los derechos y libertades del hombre y del ciudadano, consagrados por la Declaración de Derechos de 1789, y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

Proclama, además, como particularmente necesarios en nuestra época, los siguientes principios políticos, económicos y sociales:

La ley garantiza a la mujer, en todas las esferas, derechos iguales a los del hombre.

Todo hombre perseguido a causa de su acción en favor de la libertad goza del derecho de asilo en los territorios de la República.

Todos tienen el deber de trabajar y el derecho de obtener un empleo. Nadie puede ser perjudicado en su trabajo o en su empleo a causa de sus orígenes, de sus opiniones o de sus creencias.

Todo hombre puede defender sus derechos y sus intereses mediante la acción sindical y adherirse al sindicato de su elección.

El derecho de huelga se ejerce con arreglo a las leyes que lo reglamentan.

Todo trabajador participa, a través de sus delegados, en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo y en la gestión de las empresas.

Todo bien y toda empresa cuya explotación posea o adquiera los caracteres de un servicio público nacional o de un monopolio de hecho debe pasar a ser propiedad de la colectividad.

La Nación proporciona al individuo y a la familia las condiciones necesarias para su desarrollo.

Garantiza a todos, y en especial al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de su salud, de su seguridad material, de su descanso y de su tiempo libre. Todo ser humano que, en razón de su edad, de su estado físico o mental o de la situación económica, se encuentre incapacitado para trabajar, tiene derecho a obtener de la colectividad medios de existencia decorosos.

La Nación proclama la solidaridad y la igualdad de todos los franceses ante los gravámenes resultantes de calamidades nacionales.

La Nación garantiza la igualdad del acceso del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura. La organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles es un deber del Estado.

La República Francesa, fiel a sus tradiciones, se conforma a las reglas del derecho público internacional. No emprenderá ninguna guerra con fines de conquista y no empleará jamás sus fuerzas contra la libertad de ningún pueblo.

Con tal que haya reciprocidad, Francia acepta las limitaciones de soberanía necesarias para la organización y defensa de la paz.

De acuerdo con Pardo Falcón, en la decisión anterior (y, particularmente, en la D. 105 DC de 25 de julio de 1789, “*droit de grève à la radio et à la télévision*”, que constituye la primera de anulación con base en alguno de estos principios), el Consejo Constitucional da por terminada la discusión y la corriente que imperaba en la doctrina francesa, en el sentido de negar el valor jurídico de las disposiciones del Preámbulo de la Constitución de 1946. Lo anterior, teniendo en cuenta la imprecisión y la vaguedad de los principios que proclamaba el Preámbulo¹⁹⁰.

Sobre el grado de imprecisión del Preámbulo de la Constitución de 1946, Favoreu ha comentando, con respecto al Capítulo III de la Constitución Española (artículos 39 a 52) o al Título III de la Constitución Italiana (artículos 39 a 52): “*a decir verdad, tratándose de derechos económicos y sociales, es decir, de derechos-créditos, o de derechos programáticos* (en la concepción

Francia forma con los pueblos de ultramar una Unión fundada en la igualdad de los derechos y de los deberes, sin distinciones de raza ni de religión.

La Unión Francesa se compone de naciones y pueblos que ponen en común o coordinan sus recursos y sus esfuerzos para desarrollar sus respectivas civilizaciones, acrecentar su bienestar y proveer a su seguridad.

Fiel a su misión tradicional, Francia se propone conducir a los pueblos que ha tomado a su cargo a la libertad de administrarse a sí mismos y de tratar democráticamente sus propios asuntos; desechando todo sistema de colonización basado en la arbitrariedad, garantiza a todos la igualdad de acceso a las funciones públicas y el ejercicio individual o colectivo de los derechos y libertades precedentemente proclamados o confirmados”.

190 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., págs. 125-126.

del autor), *no puede haber mas rigor en un caso que en el otro: los principios rectores de la política económica y social de la Constitución española o las disposiciones relativas a las relaciones económicas de la Constitución Italiana no son enunciados mas vigorosamente que los principios políticos, económicos y sociales particularmente necesarios en nuestro tiempo del Preámbulo de 1946*”¹⁹¹.

De esta forma, insiste el mismo autor: *“la afirmación según la cual “se reconoce el derecho a la protección de la salud” (art. 43 de la Constitución Española) no tiene nada que envidiar, en cuanto a su alcance, a la afirmación semejante contenida en el Preámbulo de 1946: “La nación garantiza a todos... la protección de la salud (párrafo XI). Se advertirá también que la misma formulación del reconocimiento del derecho de huelga figura en el Preámbulo de 1946 y en la Constitución italiana de 1947”*”¹⁹².

Sobre el particular, se debe advertir que el carácter normativo y exigible de estas disposiciones relativas a los derechos económicos y sociales tiene mayor alcance en el sistema francés que en el español, habida cuenta que en el segundo tales derechos *“sólo se benefician de una protección atenuada por parte del juez constitucional”* (artículo 53.3 de la Constitución), mientras que en el primero el Consejo Constitucional Francés brinda el

191 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 29.

192 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 29.

mismo tratamiento tanto a los derechos que provienen de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, como los del Preámbulo de la Constitución de 1946¹⁹³.

e) Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.

Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República constituyen una nueva categoría jurídica que ha adquirido valor constitucional por la mención que con respecto a ella realiza el Preámbulo de la Constitución de 1946, luego de la remisión efectuada con anterioridad por el Preámbulo de la Constitución de 1958. Se trata, siguiendo a Pardo Falcón, de una remisión de segundo grado¹⁹⁴.

De acuerdo con el mismo autor, la incorporación de estos principios en el Preámbulo de la Constitución de 1946 constituye un logro de la derecha francesa, que tenía la intención de elevar a rango constitucional, por esa vía indirecta, la libertad de enseñanza, que con anterioridad no disfrutaba de ningún reconocimiento de derecho positivo. Por su lado, la

193 Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 29-30.

194 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 128.

izquierda acabó admitiendo la introducción del término, para lograr la aprobación del nuevo Texto Constitucional y bajo la consideración que esa formulación sería considerada como un mero homenaje de los legisladores de la Tercera República, desprovista entonces de toda relevancia jurídica¹⁹⁵.

Sin embargo, y como se expuso con anterioridad, el Consejo Constitucional Francés, en la D. 44DC de 16 de julio de 1971, anuló de una ley de asociación una disposición que contravenía el principio de la libertad de asociación, que provenía de otra ley sobre la misma materia del año 1901, al considerarla contraria a los principios fundamentales señalados en el Preámbulo de 1946. Con posterioridad, en la D. 87DC de 23 de noviembre de 1977 el Consejo confirió el rango constitucional a la libertad de enseñanza y, con ello, confirmó las expectativas de sus valedores en el referido proceso constituyente¹⁹⁶.

Como se puede suponer, las decisiones del Consejo Constitucional tendentes a dotar de rango constitucional a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República generaron gran polémica doctrinal y reiteradas inquietudes, en cuanto al alcance de esos principios, sus contenidos y, todavía más, su delimitación. Sobre el particular, Rivero

195 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ... op. cit., págs. 128-129.

196 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ... op. cit., pág. 129.

formuló tres grandes preguntas: “*quelles République? quelles lois? que sont les principes fondamentaux?*”¹⁹⁷.

En otra ocasión, el mismo Rivero ha sostenido: “*Des multiples questions que pose la promotion des «principes fondamentaux reconnus par les lois de la République» dans la hiérarchie des normes juridiques, deux son d’ores et déjà résolues. Et c’est précisément des réponses qu’elles ont reçues que découlent tous les problèmes qui restent à résoudre*»¹⁹⁸.

Sobre los cuestionamientos anteriores, Rousseau considera que la decisión del Consejo Constitucional Francés (D. 244DC de 20 de julio de 1988) aportó varios elementos para resolverlos¹⁹⁹; tales son:

197 Véase Rivero J., Les principes fondamentaux par les lois de la République: Une nouvelle catégorie constitutionnelle? D. 1972. pág. 265. Citado por Rousseau, D., Droit du Contentieux Constitutionnel, op. cit., pág. 95. Esta situación ha sido descrita por Henry Roussillon del siguiente modo: “*avec cette deuxième catégorie de principes, aujourd’hui “marginiaux” pour le doyen Favoreu, voulue essentiellement par le MRP précisément à cause de son ambiguïté et de la possibilité que’elle offrait de consacrer un droit particulièrement contesté à l’époque, la liberté d’enseignement, nous nous heurtons à une triple question comme l’a fort bien montré J. Rivero: quels Principes? quelles Lois? quelle République?*”. Sobre lo anterior véase Roussillon, H., Le Conseil Constitutionnel, op. cit., pág. 55.

198 Ver Rivero, J., Le Conseil Constitutionnel et les Libertés, op. cit., pág. 154.

199 Véase Rousseau, D., Droit du Contentieux Constitutionnel, op. cit., pág. 95.

- Los principios fundamentales deben encontrarse recogidos en normas con rango de ley, perfectamente identificables: sobre lo anterior, Pardo Falcón advierte que el Consejo Constitucional no aplica este criterio con uniformidad, pues en algunas ocasiones ha declarado la anulación de preceptos por la mera violación de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, sin vincularlos a ningún texto concreto; ello se ha producido en situaciones en las cuales es difícil conceptualizar el principio fundamental en una determinada disposición, como son los casos de la libertad individual y del derecho de defensa, en los cuales también se debe tener en cuenta su mayor grado de notoriedad y evidencia; en otras ocasiones, cuando la aplicación del principio puede generar mayor controversia, el juez constitucional sí precisa determinar la norma concreta que lo contiene.²⁰⁰

- El principio extraído de la ley de la República es el que tiene rango constitucional, no la ley en sí misma: de lo contrario, advierte Pardo Falcón, *“el legislador quedaría vinculado por su*

200 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés,, op. cit., pág. 130.

*redacción concreta sin disponer prácticamente de margen alguno de maniobra (...). Por consiguiente, en este caso el bloque de constitucionalidad está integrado por principios y no por normas propiamente dichas, lo que explica la utilización por el Consejo Constitucional, como ya hemos dicho, de la expresión principios y reglas de valor constitucional, que incluye también a estos principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República*²⁰¹.

- El significado de República: sobre el particular, la doctrina ha determinado que deben ser tomados en consideración los principios fundamentales recogidos durante la legislación producida en las tres primeras Repúblicas²⁰². Al respecto, Favoreu ha sostenido: *“en primer lugar, se ha descartado la asimilación entre tradición republicana y principio fundamental reconocido por las leyes de la República: La tradición republicana no podrá ser invocada con provecho para sostener que un texto legislativo que la contradiga es contrario a la Constitución salvo en la medida en dicha tradición haya engendrado un principio fundamental reconocido por las leyes de la República (...). Sin embargo, se ha establecido una conexión entre tradición republicana y principios fundamentales*

201 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 131.

202 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 131.

*reconocidos por las leyes de la República, lo que confirma el hecho de que éstos sólo pueden derivar de las leyes de la República, como ocurre en la misma decisión, a partir de la cual se pueden enumerar las condiciones requeridas para que haya un principio fundamental reconocido por las leyes de la República*²⁰³.

- La exclusión de las leyes de la Cuarta República: lo anterior, teniendo en consideración que la remisión a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República fue realizada justamente por medio del Preámbulo de la Constitución de 1946, que establecía la Cuarta República, con lo que no podían ser tomadas en cuenta las leyes que se produjeron en ese período²⁰⁴. De ahí que, siguiendo a Favoreu: *“esta legislación republicana es la aprobada antes de la entrada en vigor del Preámbulo de 1946 (es decir, antes del 27 de octubre de 1946), lo que pone fin a ciertas hipótesis doctrinales según las cuales los principios reconocidos podrían derivar de leyes posteriores a esta fecha*²⁰⁵.

203 Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 31.

204 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 131.

205 Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 32.

- El valor constitucional “independiente” de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República: en virtud del cual, de acuerdo con el Consejo Constitucional Francés, no es necesario que estén recogidos de manera simultánea tanto en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, como en las leyes de la República²⁰⁶.

En suma, y de acuerdo con Pardo Falcón, los “*principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República constituyen sin duda una de las fuentes normativas más complejas de todas aquellas a que hace expresamente referencia el Preámbulo de la Constitución de 1958. En realidad, junto a la excesiva libertad de apreciación que deja en manos del juez constitucional (...) el inconveniente principal que se ha achacado a esta categoría jurídica es el que vacía en la práctica las competencias del legislador enumeradas en el art. 34 de la Constitución, en concreto por lo que se refiere al establecimiento de garantías para el ejercicio de libertades públicas*”.

Al respecto, Favoreu advierte sobre la poca importancia cuantitativa que tienen los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la

206 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 132.

República en las decisiones del Consejo Constitucional Francés (de acuerdo con el mismo autor, al año 1989 la invocación de estos principios ante el Consejo Constitucional a penas representaba el 3,7 por ciento de los casos planteados, en tanto que de los supuestos de anulación la utilización de esos principios a penas representaba el 4 por ciento de los analizados). De ahí, considera este autor que tales principios a penas constituyen “*elementos marginales del bloque de constitucionalidad*”²⁰⁷.

Ahora bien, entre los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República que han sido desarrollados por el Consejo Constitucional Francés, es preciso mencionar los siguientes: la libertad de asociación (D. 71-44DC de 16 de julio de 1971), los derechos de defensa (D. 76-70DC de 2 de diciembre de 1976), la libertad individual (D. 76-75DC de 12 de enero de 1977), la libertad de enseñanza (D. 77-87DC), la independencia de la jurisdicción administrativa (D. 80-119DC de 22 de julio de 1980), la independencia de los profesores de Universidad (D. 83-165DC de 20 de enero de 1984), la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa en materia de anulación de actos de la autoridad pública (D.

207 Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 30.

86-224DC de 23 de enero de 1987), así como la autoridad judicial como guardián de la propiedad privada (D. 89-256DC de 25 de julio de 1989)²⁰⁸.

f) Los principios generales del derecho de valor constitucional.

Con esta categoría se hace referencia a los principios que han sido utilizados por el Consejo Constitucional para sustentar sus decisiones de manera directa, sin utilizar ningún texto constitucional. De acuerdo con Pardo Falcón, se trata de una expresión de origen doctrinal, que sirve para aludir a los que el Consejo Constitucional ha empleado como “*principios de valor constitucional*”²⁰⁹.

Entre los principios constitucionales que de acuerdo con el mismo autor pueden ser reconducidos a esta categoría, se podría mencionar los siguientes: el principio de separación de poderes (D. 104DC de 23 de mayo de 1979), el principio de continuidad en el servicio público (D. 105DC de 25 de julio de 1979), y el derecho de defensa en materia penal (D. 182DC de 18 de enero de 1985 y D. 184DC de 29 de diciembre de 1984)²¹⁰.

208 Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 32 y 33.

209 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., págs. 134-135.

210 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 135.

Cabe mencionar que el Consejo Constitucional Francés también ha integrado en el bloque de constitucionalidad algunas disposiciones de rango infra-constitucional con motivo del control de los reglamentos de las cámaras. Así se deduce con toda claridad del contenido de las decisiones D. 2 DC de 17, 18 y 24 de junio de 1959, D. 28 DC de 8 de julio de 1966, D. 37 DC de 20 de noviembre de 1969 y D. 86 DC de 3 de noviembre de 1977, en cuya razón incluyó dentro del bloque de constitucionalidad varias ordenanzas relativas a las condiciones de elegibilidad y a las incompatibilidades parlamentarias, así como sobre las materias reservadas a la ley ordinaria²¹¹.

Pero también ha incluido el Consejo Constitucional Francés en el bloque de constitucionalidad la Ordenanza Orgánica 59-2 de 2 de enero de 1959, relativa a las Leyes de Finanzas. En este sentido, y según lo ha sostenido el Consejo en la D. 8 DC de 11 de agosto de 1960, la aludida Ordenanza forma parte del bloque en todos aquellos supuestos en que se discuta la constitucionalidad de ese tipo de leyes²¹².

211 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., págs. 142-143.

212 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., págs. 142-142.

Una vez desarrolladas las disposiciones que de acuerdo con el Consejo Constitucional Francés componen el bloque de constitucionalidad o el parámetro para juzgar la compatibilidad o la regularidad constitucional del ordenamiento jurídico, de seguido serán enunciadas las disposiciones que según ese Órgano están excluidas del bloque, a saber: el derecho internacional, tanto general como convencional; los reglamentos parlamentarios; la costumbre constitucional; las decisiones del Consejo Constitucional y, por último, las leyes ordinarias y los principios generales del derecho de valor legislativo.

g) El derecho internacional: general como convencional.

De acuerdo con el criterio adoptado por el Consejo Constitucional Francés en las decisiones D. 54DC de 15 de enero de 1975 (sobre la ley de interrupción voluntaria del embarazo) y la D. 59DC de 30 de diciembre de 1975 (sobre el conflicto producido en razón del proceso de independencia de las Islas Comores), el derecho internacional no forma parte del bloque de constitucionalidad en dicho sistema y, por ese motivo, únicamente puede ser utilizado para determinar la aplicabilidad de una ley en una materia que es regulada por el Instrumento Internacional, pero no sobre su

validez, lo cual más bien es propio del control de constitucionalidad que le atañe al Consejo Constitucional Francés²¹³.

Sobre lo anterior, Pardo Falcón explica que esta materia suscitó una gran discusión en la doctrina especializada, la cual fue potenciada por el hecho que el Preámbulo de la Constitución de 1946 y el de 1958 partían de postulados distintos sobre el tema²¹⁴. Así, mientras “*la Constitución de 1946 parte de una perspectiva fundamentalmente internacionalista, del todo comprensible dentro del contexto en el que la misma se elabora: el fin de la Segunda Guerra Mundial con la idea imperante en la comunidad internacional de que los Estados deben quedar efectivamente vinculados por las reglas de derecho internacional, de tal manera que sus controversias sean resueltas exclusivamente por medios pacíficos*”²¹⁵; la Constitución de 1958, por el contrario, “*se encuentra impregnada de un espíritu eminentemente nacionalista, espíritu éste que responde, por un lado, a la voluntad del general De Gaulle de mantener a Francia con un cierto grado de independencia con respecto a la política de bloques militares, que conoce precisamente en esa época uno de sus momentos más álgidos y, por otro lado, a la intención del entonces Jefe del Estado de dificultar, en la medida de*

213 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., págs. 143-152.

214 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., págs. 143-144.

215 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 144.

*lo posible, el proceso de integración de Francia en las Comunidades Europeas, que tampoco le despierta excesivas simpatías*²¹⁶.

Sobre lo anterior, el mismo autor afirma que el Consejo Constitucional Francés ha potenciado el espíritu nacionalista de 1958 al del internacionalista de 1946, motivo por el cual tanto el derecho internacional general, como el comunitario, han sido excluidos del bloque de constitucionalidad²¹⁷. En palabras de Roussillon: *“Le Conseil, en une décision de principe (DC, 15 janv. 1975 IVG) confirmée à plusieurs reprises, a refusé de considérer qu'une "loi contraire à un traité serait, pour autant, contraire à la Constitution" et d'assimiler un éventuel contrôle sur la base de l'article 55 à celui qu'il exerce en vertu de l'article 61 al. 2.* »²¹⁸. Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 55 de la Constitución de 1958 a penas le asigna a estos instrumentos un valor superior a las leyes²¹⁹.

Cabe mencionar que en el derecho comparado, con excepción de Austria, normalmente los tratados internacionales no forman parte del

216 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 144.

217 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 145.

218 Véase Roussillon, H., Le Conseil Constitutionnel, op. cit., pág. 62.

219 El artículo 55 de la Constitución Francesa de 1958 estipula:

“ARTICULO 55. Los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.”

bloque de constitucionalidad ni son utilizados por el Juez constitucional como parámetro de validez de todo el ordenamiento infra-constitucional. En este sentido, menciona Roussillon que en España los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a penas son utilizados para interpretar el sentido de los derechos que la Constitución Española de 1978 reconoce como fundamentales²²⁰, pero no son elementos integrantes del bloque de constitucionalidad ni sirven como parámetro para enjuiciar la validez de los preceptos infra-constitucionales.

Con lo que en el sistema español, ni los tratados internacionales en términos generales, ni los instrumentos internacionales sobre derechos humanos en particular, tienen el valor o el rango de las disposiciones que componen la Constitución Española de 1978, ni pueden ser utilizados como criterio de validez de todo el ordenamiento infra-constitucional.

Sobre este tema se volverá más adelante, al analizar las relaciones entre las normas preconstitucionales y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, y al examinar los criterios que han sostenido sobre este punto la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y el

220 Véase Roussillon, H., Le Conseil Constitutionnel, op. cit., pág. 62. Al respecto, también se puede revisar Rousseau, D., Droit du Contentieux Constitutionnel, op. cit., págs. 101-104.

Tribunal Constitucional Español, así como en menor medida: el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana.

h) Los reglamentos parlamentarios.

De acuerdo con Pardo Falcón, *“los reglamentos parlamentarios son normas que en una buena parte de los ordenamientos constitucionales sirven de parámetro de control para verificar la constitucionalidad o no de una ley por motivos de forma, al ser considerados como una prolongación inmediata de la Constitución en materia parlamentaria y, más concretamente, en lo referente al procedimiento legislativo”*²²¹. De esta forma, el Consejo Constitucional en la D. 57 DC de 23 de julio de 1975 se consideró competente para analizar la compatibilidad entre las disposiciones infra-constitucionales y las reglas de valor constitucional relativas al procedimiento legislativo, con lo que, en un primer momento, la Doctrina consideró que los reglamentos de las cámaras podían estar incluidos dentro del bloque de constitucionalidad²²². Esta posición, sin embargo, luego fue desmentida por el Consejo Constitucional en la D. 97

221 Ver Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 153.

222 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 153.

DC de 27 de julio de 1978, en la que señaló: “*le règlement d’une assemblée parlementaire n’a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle*”²²³.

En esta decisión el Consejo aclaró que las reglas del procedimiento legislativo no tienen, por sí mismas, valor constitucional, sino en la medida en que producen o desarrollan principios recogidos directamente en el Texto Fundamental²²⁴. Esta situación ha sido explicada por Favoreu de la siguiente forma: “*durante un cierto tiempo se dudó al respecto, ya que había formulas ambiguas del Consejo Constitucional que se podían interpretar a favor de la integración de los reglamentos en el bloque de constitucionalidad. No obstante, la duda fue disipada definitivamente por una decisión de 27 de julio de 1978, según la cual el reglamento de la Asamblea Nacional “no tiene, en sí mismo, valor constitucional”. Lo que significa que si reproduce una disposición constitucional se impone entonces al legislador, pero únicamente en la medida en que efectúe esa reproducción*”²²⁵.

i) La costumbre constitucional y las decisiones del Consejo Constitucional.

223 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 153.

224 Ver Pardo Falcón J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 154.

225 Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 34.

Con esta categoría la doctrina ha desarrollado dos tipos de fuentes normativas que a su criterio no componen el bloque de constitucionalidad: a saber, la costumbre constitucional y las decisiones del Consejo Constitucional²²⁶. Así, de acuerdo con el autor, el Consejo Constitucional ha tenido la ocasión de pronunciarse sobre la primera en la D. 5DC de 15 de enero de 1940, con respecto a la institución del voto bloqueado recogido en el artículo 44.3 de la Constitución Francesa de 1958²²⁷.

226 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés,, op. cit., pág. 155.

227 Esta norma dispone:

"ARTÍCULO 44. Los miembros del Parlamento y el Gobierno tendrán derecho de enmienda.

Una vez abierto el debate, el Gobierno podrá oponerse al examen de cualquier enmienda que no haya sido previamente sometida a la comisión.

Si el Gobierno lo pide, la Cámara que esté entendiendo en el asunto se pronunciará mediante una sola votación sobre la totalidad o una parte del texto en discusión sin más modificación que las enmiendas propuestas o aceptadas por el Gobierno."

Con posterioridad, y una vez que entre en vigencia la ley orgánica correspondiente, que desarrolle el contenido de esta disposición, entrará en vigor el siguiente texto, según la reforma efectuada por medio de la ley constitucional No. 2008-724 de 23 de Julio:

"ARTICULO 44. Este derecho se ejercerá en sesión o comisión según las condiciones fijadas Los miembros del Parlamento y el Gobierno tendrán derecho de enmienda, por los reglamentos de las Cámaras, en el marco determinado por una ley orgánica.

Una vez abierto el debate, el Gobierno podrá oponerse al examen de cualquier enmienda que no haya sido previamente sometida a la comisión.

Si el Gobierno lo pide, la Cámara que esté entendiendo en el asunto se pronunciará mediante una sola votación sobre la totalidad o una parte del texto en discusión sin más modificación que las enmiendas propuestas o aceptadas por el Gobierno."

Sobre esta alusión a la costumbre constitucional se ha comentado que el Consejo no ha tenido ninguna intención de incluirla en el bloque de constitucionalidad, sino que *“se ha limitado a realizar, con una finalidad que podríamos decir que meramente didáctica, una simple explicación de la función que desempeña el voto bloqueado en la Constitución de 1958, recurriendo para ello a los antecedentes constitucionales, en este caso, a la práctica constitucional de la Cuarta República”*²²⁸.

Ahora bien, en lo que atañe a las decisiones del Consejo Constitucional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del Texto Fundamental, las decisiones de este Órgano gozan de autoridad o eficacia de cosa juzgada, de tal modo que en términos generales no le resulta posible volver sobre el sentido de una decisión ya emitida²²⁹.

228 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 155.

229 El artículo 62 de la Constitución Francesa de 1958 estipula:

“ARTICULO 62. No podrá promulgarse ni entrar en vigor una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61.

Una disposición declarada inconstitucional en base al artículo 61-1 será derogada a partir de la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional o una fecha posterior fijada en dicha decisión. El Tribunal Constitucional determinará las condiciones y los límites en que los efectos producidos por la disposición puedan cuestionarse.

Contra las decisiones del Consejo Constitucional no cabrá recurso alguno. Se impondrán a los poderes públicos y a todas las autoridades administrativas y jurisdiccionales.”

Es distinto, sin embargo, el supuesto de los antecedentes jurisprudenciales, sobre los cuales el Consejo Constitucional Francés sí puede regresar y asumir otra orientación jurisprudencial, como cualquier otro Órgano. De ahí justamente la necesidad de excluir las decisiones del Consejo del bloque de constitucionalidad, en la medida en que no está vinculado por ellos²³⁰.

j) Las leyes ordinarias y los principios generales del derecho de valor legislativo.

La posibilidad de incluir a las leyes ordinarias en el bloque de constitucionalidad se deduce de la decisión adoptada por el Consejo Constitucional Francés D. 165DC de 20 de enero de 1984, en la cual ese Órgano “*consideró no conforme a la Constitución una disposición contenida en la nueva ley sobre enseñanza superior que derogaba completamente la antigua Ley de Orientación de 1968, y ello porque determinadas disposiciones de esta última que otorgaban a los profesores garantías conformes a las exigencias constitucionales*”²³¹.

230 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., págs. 155-156.

231 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 156.

Esta argumentación le permitió a un sector doctrinal considerar que toda ley que como mínimo no mantuviera las garantías de los derechos establecidos en la anterior sería considerada inconstitucional por el Consejo; de modo que la ley anterior en cierta medida constituía parámetro de constitucionalidad para determinar la adecuación de la ley posterior a la Constitución. Esta postura fue desmentida luego por el Consejo Constitucional en la D. 216DC de 3 de septiembre de 1986, aclarándose que el legislador puede en todo momento graduar las garantías para el efectivo ejercicio de los derechos mientras respete naturalmente el mínimo constitucional²³².

Pero también han sido excluidos del bloque de constitucionalidad, los principios generales del derecho de valor legislativo, los cuales *“pueden ser modificados en cualquier momento por el legislador, que no se encuentra vinculado por ellos, al contrario de lo que le sucede con los principios generales del derecho de valor constitucional”*²³³. Entre tales principios el autor menciona los siguientes, los cuales han sido citados por el Consejo Constitucional Francés:

- el silencio negativo: es decir la omisión de la administración de resolver y comunicar una determinada gestión en un

232 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 156-157.

233 Véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 158.

determinado plazo debe ser interpretada como una resolución de rechazo (sobre el particular, se puede revisar esta decisión del Consejo Constitucional: D. 55L de 26 de junio de 1969);

- la irretroactividad de las normas en materia no penal y, en particular, en materia Fiscal (al respecto, véase la D. 57L de 24 de octubre de 1969 y la D. 184DC de 29 de diciembre de 1984, esta última en el ámbito particular tributario);
- el principio de no acumulación de las penas en materia de crímenes y delitos (sobre el particular, se puede consultar la decisión del Consejo Constitucional: D. 143DC de 30 de julio de 1982)²³⁴.

234 Sobre todo lo anterior véase Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, ..., op. cit., pág. 158. Al respecto, ha comentado Louis Favoreu: *"Los principios generales del Derecho tampoco pueden considerarse como parte integrante del bloque de constitucionalidad, pese a que en un momento dado (al final de los años setenta) tuviésemos alguna duda sobre este punto, a propósito de dos decisiones adoptadas por el Consejo Constitucional en 1979"* . Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 35.

Tales son, pues, los criterios sostenidos por el Consejo Constitucional Francés sobre qué normas integran el bloque de constitucionalidad y cuáles no deben ser consideradas como parámetro de validez de las disposiciones infra-constitucionales. A continuación será analizada la noción que sobre el bloque se ha desarrollado en el sistema español, teniendo en consideración no sólo los aportes doctrinales, sino también la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre el particular.

I.B. La recepción del bloque de constitucionalidad y su tratamiento en el ordenamiento jurídico español.

Como lo advierte Fernández Rodríguez, en España la expresión del bloque de constitucionalidad ha servido para juzgar la validez de las normas de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, teniendo en consideración las disposiciones de la propia Constitución Española de 1978 y los Estatutos de Autonomía²³⁵. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Español en su STC 20/1998 de 18 de febrero, ha utilizado esa expresión para referirse a: *“la calificación jurídica que las competencias de las Comunidades Autónomas debe merecer no deriva de una lectura*

235 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 65.

aislada de la denominación que tales competencias reciban en los textos estatutarios, sino de una interpretación sistemática de todo el bloque de constitucionalidad, dentro del cual, como es evidente, la Constitución conserva intacta su fuerza normativa dominante como lex superior de todo el ordenamiento”.

Sobre el particular, Piniella Sorli explica que el artículo 2º de la Constitución Española de 1978²³⁶, al proclamar el principio de autonomía (que es desarrollado en el Título VIII de la Constitución y, en particular, en los artículos 148, 149 y 150²³⁷) ha producido una alteración del principio de

236 El artículo 2 de la Constitución Española de 1978 estipula:

“Artículo 2. La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.”

237 Sobre los alcances de estas disposiciones, Tomás Ramón-Fernández ha comentado: *“Aparentemente el problema tiene una solución fácil, ya que, por muchos que sean sus defectos técnicos, el Título VIII de la Constitución es en este punto bastante claro. En efecto, una primera lectura del artículo 149 del texto fundamental ofrece las siguientes conclusiones, que los primeros análisis del mismo manifestaron sin reparo: -Una serie de materias designadas nominatim por el artículo 149, 1, se asignaban en exclusiva al Estado por dicho precepto directamente, ex constitutione. – La distribución de las restantes materias se dejaba en primer término a los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad, que, según el artículo 149, 3, párrafo primero, de la Constitución, podían recabar para las Comunidades Autónomas respectivas, a su voluntad, cuantas competencias no hubieran quedado formalmente reservadas al Estado, incluso todas ellas. (Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos). – Si alguna competencia quedaba por distribuir por no haber sido asignada ex statuto, bien fuera por olvido, bien por voluntaria renuncia, el artículo 149,3 párrafo segundo, de la Constitución resolvía anticipadamente el problema atribuyendo al Estado estas competencias residuales (“La competencia sobre las materias que no se hayan asumido*

jerarquía normativa, de tal modo que en la relación de validez de las normas jurídicas no se aplica únicamente el criterio jerárquico (que parte de una perspectiva vertical) con respecto a la Constitución, sino también desde una horizontal, o de competencias, en lo que toca al bloque de constitucionalidad²³⁸.

De modo que el bloque de constitucionalidad en el sistema español no solo está integrado por las disposiciones del Texto Fundamental, sino también: “*en orden a la distribución y delimitación de competencias, tales como los Estatutos de Autonomía y las leyes de interferencia del artículo 150 (C.E.)*”²³⁹. De lo

por los Estatutos de Autonomía corresponderá el Estado”). A través de este juego combinado del artículo 149, 1, los Estatutos y el artículo 149,3, párrafo segundo, muy claro en sus términos (aunque quizás no muy feliz en su concepción técnica, como la experiencia lo ha venido a demostrar), todas las competencias existentes e, incluso, imaginables podían y debían ser asignadas a uno u otro orden de poderes. La Constitución y los Estatutos de Autonomía parecían ser los únicos parámetros posibles para la decisión de eventuales conflictos competenciales futuros”. Véase Fernández Rodríguez, T-R., Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad, en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Cívitas, 1981, Madrid, págs. 101-102.

238 Véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, primera edición, Bosch, Casa Editorial, Sociedad Anónima, Barcelona, 1994, pág. 49.

239 Ver Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 49.

El artículo 150 de la Constitución Española de 1978 estipula:

"*Artículo 150.*

1. Las Cortes Generales, en materias de competencia estatal, podrán atribuir a todas o a alguna de las Comunidades Autónomas la facultad de dictar, para sí mismas, normas legislativas en el marco de los principios, bases y directrices fijados por una Ley estatal. Sin

anterior se deduce que las normas que pertenecen al bloque de constitucionalidad obtienen, por esa condición, una resistencia especial y, por ese motivo, no pueden ser derogadas o modificadas por otras normas aún cuando posean el mismo rango. En palabras de Piniella Sorli, “*el Estatuto de Autonomía (aprobado por Ley Orgánica), no puede ser modificado por otra Ley aún cuando tenga la condición de orgánica*”²⁴⁰.

Ahora bien, en lo que toca a los alcances del artículo 2 de la Constitución Española de 1978, en la cual entre otras cosas se consagra el principio de autonomía, Solozabal Echevarría menciona los siguientes:

perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada Ley marco se establecerá la modalidad del control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas.

2. El Estado podrá transferir o delegar en las Comunidades Autónomas, mediante Ley Orgánica, facultades correspondientes a materia de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación. La Ley preverá en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros, así como las formas de control que se reserve el Estado.

3. El Estado podrá dictar Leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas, aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas, cuando así lo exija el interés general. Corresponde a las Cortes Generales, por mayoría absoluta de cada Cámara, la apreciación de esta necesidad.”

240 Véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 49.

- El Estatuto de autonomía es una norma cuasi constitucional, sea que se la considere desde el plano del ordenamiento autonómico, que encabeza y preside, constituyendo verdaderamente a la Comunidad Autónoma que sólo existe como organización política tras su instauración en el Estatuto; sobre el particular, agrega el autor: *“antes de la constitución de la Comunidad Autónoma lo que hay es un derecho en abstracto a la autonomía reconocida a nacionalidades o regiones, y lo que existe es la competencia de determinados órganos administrativos o políticos, a los que se les atribuye la iniciativa autonómica como capacidad de poner en marcha el proceso autonómico, pero sólo después de la constitución de las Comunidades Autónomas a través de su Estatuto hay verdaderos sujetos u organizaciones autonómicas, titulares no ya de un abstracto derecho a acceder al autogobierno, sino de una verdadera organización política que permite el ejercicio de potestades legislativas y de gobierno²⁴¹”*.

- El Estatuto también tiene un carácter de norma cuasi constitucional desde la perspectiva del ordenamiento jurídico

241 Véase Solozabal Echavarría, J. J., Artículo 2, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Directores, Fundación Wolters Kluwer, 2008, pág. 59. Al respecto, véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 247/2007 de 12 de diciembre de 2007.

general español, en la medida en que integra el parámetro de constitucionalidad y opera como canon de ese orden para el propio Estado, *“cuyas competencias en la medida en que el ordenamiento general es uno residual y supletorio con respecto al autonómico, depende de la atribución de las competencias que las Comunidades hacen para sí en sus propios Estatutos*²⁴²;

- La autonomía no es únicamente un derecho de acceso y configuración de un sistema de autogobierno, sino también su ejercicio; por ese motivo la autonomía se corresponde con una disposición de potestad legislativa, de tal manera que dentro del espacio competencial previsto en la Constitución, los Parlamentos de las Comunidades Autónomas pueden aprobar leyes con el mismo rango y fuerza que las leyes estatales, con dos diferencias: la primera, mientras las leyes aprobadas por el Parlamento central son sancionadas por el Monarca, las de la Comunidad Autónoma lo son por el Presidente de la respectiva comunidad, siempre en el nombre del Rey; la segunda, mientras el Gobierno Central, al impugnar las leyes autonómicas, puede originar su

242 Véase Solozabal Echavarría, J. J., Artículo 2, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, op. cit., pág. 60.

suspensión mientras resuelve el Tribunal Constitucional, a la inversa ello no se puede producir²⁴³.

- Las leyes autonómicas normalmente son instrumentos de verificación de determinadas políticas practicadas por los ejecutivos autonómicos, relacionadas con sus respectivas asambleas representativas en términos cada vez más parlamentarizados²⁴⁴;
- El Poder Judicial no es una institución autonómica, sino del Estado “*y su existencia no impone el agotamiento de las instancias procesales en todo caso ante el mismo, ni determina la ilicitud de la existencia en determinados territorios -dado el ámbito territorial de su comisión o su trascendencia social- de un órgano judicial centralizado*”²⁴⁵;

243 Véase Solozabal Echavarría, J. J., Artículo 2, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, op. cit., pág. 60. Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 35/1982 de 14 de junio.

244 Véase Solozabal Echavarría, J. J., Artículo 2, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, op. cit., pág. 60.

245 Ver Solozabal Echavarría, J. J., Artículo 2, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, op. cit., pág. 60.

- Finalmente, agrega el autor que la autonomía territorial como poder político limitado es diferente de la soberanía, pero es cualitativamente superior a la autonomía administrativa, que corresponde a los entes locales²⁴⁶.

De todo lo anterior se infiere, en palabras de Piniella Sorli, “*que la inconstitucionalidad de una ley o acto puede venir determinada no solamente por su inadecuación a la Constitución sino a todo el llamado bloque de constitucionalidad*”²⁴⁷. También menciona el autor que estas normas han sido llamadas interpuestas, y constituyen un desarrollo constitucional especialmente protegido y resistente; de tal manera que el bloque de constitucionalidad está conformado por un conjunto de normas que no pertenecen formalmente a la Constitución, sino más bien ostentan un rango inferior, pero no del mismo que la norma cuya inconstitucionalidad puede producir²⁴⁸.

246 Véase Solozabal Echavarría, J. J., Artículo 2, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, op. cit., pág. 60. Sobre el particular, también se puede analizar las sentencias del Tribunal Constitucional Español 84/1982, 25/1985 y 214/1989.

247 Véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 49.

248 Ver Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 49.

De acuerdo con algún sector doctrinal, las normas que componen el bloque de constitucionalidad en el sistema español han sido descritas en el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español (Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, según el texto consolidado e integrado con las modificaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 8/1984, 4/1985, 6/1988, 7/1999, 1/2000 y 6/2007), de la siguiente manera:

“Artículo veintiocho

1. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

2. Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación

o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido.”

Tales normas “*interpuestas*” se justifican porque la Constitución no atribuye directamente las materias ni las competencias a las Comunidades Autónomas, sino que son los Estatutos de Autonomía los que las asumen. De este modo se establece un régimen de normas de asunción de competencias con respecto a una Constitución que en ese tema permanece abierta, y que hace de los Estatutos y de otras leyes del Estado materia especialmente reservada²⁴⁹.

De todo lo anterior es posible concluir, por una parte, que los Estatutos de Autonomía gozan de una protección particular y, por ese motivo, no pueden ser modificados o derogados por otras leyes, incluso estatales, que serían inconstitucionales por la vulneración de la norma constitucional que establece esa reserva; por otra, que no existe una relación de jerarquía normativa entre los preceptos que integran el bloque de constitucionalidad y las restantes del ordenamiento jurídico, pero al formar

249 Véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 50.

parte de ese bloque sirven como parámetro de la apreciación de la conformidad o no conformidad con la Constitución²⁵⁰.

Todas estas consideraciones relativas a la elaboración o delimitación conceptual del bloque de constitucionalidad en el sistema español han sido severamente criticadas por Rubio Llorente, quien sostiene: “*Ni en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni en la obra de los pocos estudiosos que, hasta el presente, han dedicado alguna atención al tema hay elementos que permitan determinar con exactitud cuál sea el contenido de tal “bloque”, ni cuál el elemento o rasgo que lo constituye como tal, sin que, de otra parte (excusado es decirlo) exista definición o referencia normativa alguna del bloque en cuestión*”²⁵¹. Así el autor advierte que si

250 Véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 50.

251 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 96-97. En términos similares, Antonio de Cabo de la Vega ha sostenido: “*sin embargo y pese a las conocidas aportaciones doctrinales, no parece que se pueda hablar todavía de un solo concepto de bloque de constitucionalidad, ni definir con claridad sus características o las normas que lo integran, ni, según alguna opinión, se podrá hacer nunca sin una previa reforma constitucional. En realidad, puede decirse que se manejan, al menos, cuatro conceptos distintos de bloque de constitucionalidad. Lo cual, aparte de introducir la consiguiente ambigüedad, hace que las descripciones y características que se ofrecen del bloque resulten igualmente correctas e incorrectas al referirse simultáneamente a diferentes realidades. Pero es que, además, al margen de la utilización de uno u otro concepto de bloque, y de su definición teórica, tampoco parece haber un acuerdo absoluto sobre qué normas concretas se incluyen en él. Es decir, parece que no resulta posible definirlo ni por comprensión ni por extensión.*” Véase De Cabo de la Vega, A., Nota sobre el bloque de constitucionalidad, en Jueces para la Democracia. Información y Debate, No. 24, noviembre, 1995, Madrid, pág. 58.

bien el Tribunal Constitucional Español utilizó por primera vez esa expresión en el año 1982²⁵², “*ni el uso es constante*”²⁵³ ni la expresión remite siempre a la misma realidad”²⁵⁴. De esta manera, de acuerdo con Rubio Llorente, el

252 Sobre el particular, el autor menciona el fundamento jurídico 2º de la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC10/1982 de 3 de marzo, en que se dijo:

“2. Para interpretar debidamente la normativa aplicable al caso. el «bloque de constitucionalidad» que ha de servir de base para enjuiciar la Ley impugnada, hay que partir del hecho de que la Constitución se remite con carácter general a los Estatutos para que éstos determinen las competencias autonómicas. Así, el art. 149.1.27 de la Constitución, al atribuir al Estado competencia exclusiva sobre las «normas básicas» del régimen de la radio y la televisión, lo hace «sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas». La norma atributiva de competencias a la Comunidad Autónoma es, pues, en principio, la norma estatutaria. Ahora bien, en ocasiones, junto a esta modalidad definidora de ámbitos competenciales, el encargo de definir competencias se condiciona en la Constitución a lo que disponga una Ley, y no faltan supuestos en que el propio Estatuto restringe la asunción de competencias posibles remitiéndose también a una Ley. Este último es precisamente el supuesto del art. 16.1 del E. C., por cuanto las competencias de «desarrollo legislativo» y de «ejecución» que pudiera asumir la Generalidad «en el marco de las Leyes básicas del Estado» se hizo «en los términos y casos establecidos en la Ley que regule el Estatuto Jurídico de la Radio y la Televisión», es decir, la actual Ley 4/1980, de 10 de enero.” Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 97.

253 De acuerdo con Rubio Llorente, si la expresión bloque de constitucionalidad tuviese un contenido preciso se podría utilizar como sinónimo del término: “*parámetro de constitucionalidad*”, como lo utilizó el Tribunal Constitucional Español en la STC 26/1986, o “*bloque normativo*”, como se hizo en la STC29/1982 y 76/1983, refiriéndose o no al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, o bien a la función de delimitación competencial que a ese bloque se atribuye. Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 97.

254 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 97. Sobre lo anterior, Fernández Rodríguez aclara, sin embargo, que el Tribunal Constitucional Español en la mayor parte de las ocasiones en que utiliza la expresión bloque de constitucionalidad lo hace para realizar la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 60.

Tribunal Constitucional Español ha utilizado indistintamente el término bloque de constitucionalidad para referirse a dos fenómenos distintos:

- el primero, que es utilizado por el Tribunal Constitucional con mayor frecuencia, se refiere al criterio de delimitación competencial entre Estado y Comunidades Autónomas, que según Rubio Llorente, se trata de una función intrínseca a la norma de que es finalidad u objeto propio²⁵⁵;
- el segundo alude a un conjunto de normas que no están incluidas en la Constitución, ni delimitan competencias, pero cuya infracción determina la inconstitucionalidad de la ley sometida a examen²⁵⁶;

Pero aún en el supuesto en que la expresión bloque de constitucionalidad sea utilizada para referirse a las normas que sirven para delimitar competencias, se vacila según el mismo autor entre lo general y lo específico, de modo que no existe seguridad acerca del contenido del bloque. Lo anterior por cuanto: “*en unas ocasiones el bloque de constitucionalidad*

255 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 98.

256 Ver Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 98-99.

es el conjunto concreto de normas aplicables al caso, aunque también respecto de éstas el criterio parece titubeante. En otras, por el contrario, el bloque es el elenco de todas las normas que prevalecen sobre las restantes leyes en relación con la delimitación de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, un elenco del que a veces se excluyen las normas que forman las “bases” o “legislación básica” sobre una determinada materia, que otras veces, sin embargo, se incluyen muy resuelta y explícitamente en él”²⁵⁷.

Pero esta disparidad de criterios con respecto a la utilización del término bloque de constitucionalidad también lo ha advertido Rubio Llorente en la doctrina española que se ha referido al tema. En este sentido, mientras Tomás-Ramón Fernández²⁵⁸, Eduardo García de Enterría²⁵⁹, Iñigo Lazcano Brotons²⁶⁰ y Santiago Muñoz Machado²⁶¹, entre otros, identifican

257 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 99-100.

258 Sobre el particular véase Fernández Rodríguez, T-R., Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad, en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, op. cit., págs. 71-73.

259 Véase García de Enterría, E., Estudios sobre Autonomías Territoriales, Cívitas, Madrid, 1985, pág. 299. Mencionado por Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 102.

260 Ver Lazcano Brotons, I., El control jurisdiccional de los poderes del País Vasco, IVAP, Oñate, 1988, pág 25, quien define el bloque de constitucionalidad como “*el marco normativo de referencia que determina las competencias propias del Estado y de las Comunidades Autónomas*”. Citado por Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 102.

con rasgos bastante similares el término bloque de constitucionalidad con las pautas relativas a la distinción de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, para Ignacio de Otto esta expresión alude a *“todas aquellas leyes cuya infracción determina la inconstitucionalidad de otras leyes que tienen, sin embargo, idéntico rango que las primeras”*²⁶².

Todos los argumentos anteriores llevan a Rubio Llorente a concluir, sobre el reconocimiento positivo del bloque de constitucionalidad en el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, que constituye *“un falso punto de partida”*, para conceptualizar ese término o para precisar los elementos que lo componen. Sobre el particular, el autor advierte que no: *“incluye todas las normas infra-constitucionales que, según el propio Tribunal, se han de tomar en consideración para resolver sobre la constitucionalidad de las leyes sometidas a su reconocimiento, ni precisa, salvo por referencia a su función,*

261 Este autor entiende por bloque de constitucionalidad: *“los instrumentos normativos que, junto con la Constitución y como complemento de ésta, es preciso tener en cuenta en todo momento para determinar con exactitud el régimen de una determinada competencia en el sentido de si pertenece al Estado o las Comunidades Autónomas y en qué sentido”*. Véase Muñoz Machado, S., Derecho Público de las Comunidades Autónomas, Volumen 1, Cívitas, Madrid, 1982, pág. 345. Citado por Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 101.

262 Véase De Otto, I., Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes, Ariel, Barcelona, 1987, págs. 94-95. . Citado por Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 102.

*cuáles son las leyes a las que su apartado primero alude, ni toma en cuenta, en razón de su inserción sistemática, más que una aspecto de esta función*²⁶³.

Pero también sostiene Rubio Llorente, al explicar las razones por las cuales considera superflua esa disposición, que únicamente posee un carácter recordatorio, pues: *“la interposición de normas subconstitucionales en el juicio de constitucionalidad de la ley sólo es posible cuando viene exigida por la Constitución y es necesaria siempre que ésta la impone, con independencia de que la recuerde o no otra norma legal, cuya existencia, en la medida en que pretenda establecer el elenco completo de esas normas interpuestas, es, por lo menos, de dudosa legitimidad”*²⁶⁴.

Tal es justamente el caso italiano, en el cual el parámetro del juicio lo constituyen, en tesis de principio, las normas formalmente constitucionales, es decir, la Constitución y las leyes aprobadas con el procedimiento especial del artículo 138 de la Constitución Italiana²⁶⁵. Sin embargo, la jurisprudencia

263 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 110.

264 Véase Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 111.

265 El artículo 138 de la Constitución Italiana de 1947 dispone:

“Las leyes de revisión de la Constitución y demás leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las Cámaras en dos votaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses, y serán aprobadas por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara en la segunda votación.

de la Corte de Constitucionalidad Italiana ha extendido el parámetro a casos de violaciones indirectas de la Constitución. En estos supuestos se habla de normas interpuestas y sirven para integrar el parámetro de constitucionalidad con normas que no son leyes constitucionales, sino que, a partir de disposiciones formalmente constitucionales, constituyen específicas condiciones de validez de determinadas leyes o de determinadas normas de ley. Tal es el caso, por ejemplo, *“del decreto legislativo delegado cuya validez depende del respeto a su correspondiente ley de delegación, aprobada de acuerdo con el artículo 76 de la Constitución”*²⁶⁶. A continuación examinaremos las disposiciones que componen en el sistema español el denominado bloque de constitucionalidad:

Dichas leyes serán sometidas a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses siguientes a su publicación, lo solicite una quinta parte de los miembros de la Cámara o 500.000 (quinientos mil) electores o 5 (cinco) Consejos Regionales. La ley sometida a referéndum no se promulgará si no fuere aprobada por la mayoría de los votos válidos. No habrá lugar a referéndum si la ley hubiese sido aprobada en la segunda votación en cada una de las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos componentes.”

266 El artículo 76 de la Constitución Italiana de 1947 estipula:

“Artículo 76

No se podrá delegar al Gobierno el ejercicio de la función legislativa sino especificando los principios y criterios directivos y únicamente por plazo limitado y para objetos determinados.”

Sobre lo anterior se puede consultar: Celotto, A., y Groppi, T., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, Coordinadores Groppi, T., Celotto, A., y Olivetti M., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004, págs. 87.

a) La Constitución Española de 1978.

Como se ha expuesto con anterioridad, la Constitución no sólo constituye la base del ordenamiento jurídico español, sino también se encuentra en una posición de privilegio y de supremacía con respecto a las demás normas jurídicas. Esta posición de privilegio ha sido proclamada en el artículo 9 del Texto Fundamental, motivo por el cual debe ser acatada de manera preceptiva por todos sus poderes públicos, mientras que a ella también debe adecuarse todo el ordenamiento infraconstitucional. De lo anterior se deduce, con toda claridad, que la Constitución sea el principal criterio de validez de todo el ordenamiento jurídico, con la excepción que hemos defendido en esta investigación con respecto a las normas preconstitucionales, cuya derogación es exigida por el reconocimiento de la normatividad de la Constitución.

En este orden de ideas, la inclusión de la Constitución Española de 1978 en lo que la doctrina ha entendido por bloque de constitucionalidad es un elemento que no admite mayor objeción.

b) Los Estatutos de Autonomía.

Otras normas que componen el bloque de constitucionalidad en el sistema español sin duda lo constituyen los Estatutos de Autonomía, los cuales otorgan a las Comunidades Autónomas respectivas, de acuerdo con las disposiciones constitucionales correspondientes:

- Un poder político de decisión con respecto a las materias atribuidas;
- Una autonomía legislativa, en la cual justamente se plasma ese poder político de decisión con respecto a las materias atribuidas a las comunidades;
- Una autonomía administrativa-ejecutiva, para satisfacer las exigencias que se desprenden por la asignación de competencias a las Comunidades Autónomas;
- Una autonomía autoorganizativa, para que cada Comunidad pueda establecer, de la manera en que lo estime conveniente, su propia organización e instituciones de Gobierno²⁶⁷.

267 Sobre todo lo anterior véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 194.

Sobre el particular, Piniella Sorli insiste que el proceso autonómico se sustenta en el principio de disponibilidad, motivo por el cual en la Constitución se ha omitido expresar cuáles deben ser las Comunidades Autónomas, la configuración del mapa o del modelo autonómico, ni tan siquiera las competencias que deberían asumir o los territorios que acabarían cada una de ellas. Asimismo, el mismo autor señala, con respecto al Estatuto Autonómico, *“que constituye la norma institucional básica del ordenamiento jurídico territorial autonómico. Se subordina directamente a la Constitución Española, que ocupa así un lugar de máxima preeminencia dentro de nuestro sistema jurídico. No nos encontramos ante una ley formalmente independiente de la Constitución pero, en cambio, desde el momento de ser aprobado el Estatuto ingresa al bloque de constitucionalidad, cuyas normas en la expresión del artículo 28.1 (supra comentado) constituyen los parámetros en relación a los cuales se enjuicia la constitucionalidad de las restantes normas”*²⁶⁸.

Es claro entonces que con respecto a las competencias que han sido asumidas por las Comunidades Autónomas, los Estatutos constituyen parámetro de constitucionalidad, y de hecho son utilizados por el Tribunal Constitucional al momento de determinar la adecuación al bloque de constitucionalidad de la normativa infraestatutaria. En palabras del

Véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 194.

mencionado autor: “del Estatuto dimanar las restantes normas autonómicas, empezando por la Ley hasta llegar a la normativa de ejecución de inferior rango, en un paralelismo que sigue prácticamente el mismo modelo estatal. Ambos sistemas jurídicos (estatal y autonómico) coexisten por el juego de la distribución competencial y de jerarquía normativa, y se interrelacionan precisamente a través del Estatuto que está subordinado, como hemos visto, a la Constitución Española”²⁶⁹. Ya hemos mencionado que el carácter de superioridad del Estatuto con respecto a las demás disposiciones autonómicas no proviene de su carácter orgánico, sino de la previsión constitucional de su modificación, que le atribuye cierto grado de rigidez sobre las demás normas con rango de ley²⁷⁰.

c) Las leyes orgánicas.

A diferencia de las leyes ordinarias, las orgánicas se caracterizan porque requieren (desde un plano formal) una mayoría reforzada para su aprobación y, desde una óptica material, por el hecho de que son destinadas para regular ciertas materias. Sobre el particular, y una vez aceptado que tales disposiciones componen el bloque de constitucionalidad, en la

269 Véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 194.

270 Ver Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 196.

doctrina se ha discutido sobre cuál es su posición en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español.

Por un lado, algunos autores estiman (entre ellos Garrido Falla, Alzaga y Sosa Wagner) que las leyes orgánicas están situadas en un punto inferior al Texto Fundamental, pero inmediatamente anterior a las demás disposiciones con rango de ley. En este sentido, se argumenta que una disposición legal no tiene la potencia para derogar una ley orgánica. Por su lado, García de Enterría considera que ambos tipos de normativa ocupan la misma posición en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico, en tanto que la imposibilidad de las leyes orgánicas de derogar las leyes ordinarias no se explica por un criterio de jerarquía sino de competencia. De esleta forma, *“la ley ordinaria no puede derogar la orgánica porque no está legitimada para desarrollar o articular materias que pertenecen en exclusiva a la Ley Orgánica, por mandato del constituyente”*²⁷¹.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Español ha esbozado varios criterios que nos sirven para caracterizar la noción de las leyes orgánicas; así, en la STC 9/1982 de 22 de febrero, el Tribunal puntualizó sobre la existencia de vinculación entre la primera y la voluntad del

271 Véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 113.

constituyente, lo que la distingue de las leyes ordinarias. Este criterio también fue recogido en la STC 76/1983, en que se dijo: *“el hecho de que el legislador constituyente haya optado por determinaciones específicas de la Ley Orgánica y no por una previsión generalizada hace imposible la extensión de esas reservas a otras materias por considerarlas de análoga importancia en materia autonómica. Importancia que ya fue ponderada por el legislador (constituyente), en el momento de fijar dichas reservas”*²⁷².

Pero el Tribunal Constitucional Español también ha declarado un valor material a la ley orgánica, motivo por el cual debe existir una relación dual entre ella y la materia que regula (ver la STC 5/1981 de 13 de febrero) entre otras. Además, ha precisado que entre las leyes ordinarias y las orgánicas no sólo existe una distinción en razón de la materia que cada una regula (es decir por el ámbito competencial), sino también se debe tener en consideración el criterio de la jerarquía, lo que se plasma justamente en la imposibilidad que en un conflicto normativo la ley ordinaria prevalezca sobre la norma orgánica (véase la STC 5/1981 de 13 de febrero). Esta

272 Véase Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 113.

superioridad normativa, de acuerdo con Piniella Sorli, el Tribunal Constitucional la deriva del carácter rígido de su reforma²⁷³.

d) Otras disposiciones:

Finalmente, existe controversia en la doctrina sobre si los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos tienen, con apego al contenido del artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, tienen fuerza normativa y si componen el bloque de constitucionalidad, a tal grado que el Tribunal Constitucional Español pueda declarar la inconstitucionalidad de una norma por vulnerar las disposiciones de un Instrumento Internacional en esta materia. Esta discusión será abordada ampliamente en el último capítulo de nuestra investigación, en el cual abordaremos el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y dichos Instrumentos. Por el momento, podemos adelantar el criterio reiterado del Tribunal Constitucional Español en el sentido que tales disposiciones no tienen fuerza normativa propia sino que constituyen meros criterios de interpretación de los derechos

273 Ver Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, op. cit., pág. 115.

fundamentales proclamados en la Norma Fundamental, de ahí que inicialmente queden excluidos del bloque.

Sin embargo, más adelante analizaremos que tales instrumentos han sido incorporados al ordenamiento jurídico interno español y, por ello, al menos poseen el mismo rango que cualquier otro tratado en materia distinta a la de los derechos humanos. Aún más, si nos atenemos al sentido literal del artículo 10.2 de la Constitución Española es posible argumentar a favor de la admisión, dentro del bloque de constitucionalidad, de tales instrumentos internacionales. Sería preferible un cambio del criterio jurisprudencial que sobre el particular ha reiterado el Tribunal Constitucional Español.

IC. El bloque de constitucionalidad en el sistema de justicia constitucional costarricense.

Pues bien, una vez expuestas las nociones del bloque de constitucionalidad en el sistema francés y en el español, así como las normas que lo componen en cada uno de éstos, de seguido será examinada la concepción del bloque en el ordenamiento jurídico costarricense, que

como se ha adelantado se corresponde con lo que la doctrina costarricense ha denominado el Derecho de la Constitución²⁷⁴.

Es claro entonces que el Derecho de la Constitución vincula a todas las autoridades y a los poderes públicos. En este sentido, y en el caso particular de los jueces ordinarios, Solano Carrera ha sostenido que tales funcionarios, por haber rendido el juramento constitucional al asumir el cargo, han prometido observar la Constitución y las leyes, de forma que son los principales obligados a respetar y aplicar ambos tipos de normativa, cada cual en su lugar, es decir, guardando la jerarquía de cada cual, la Constitución y las leyes²⁷⁵. Así, en estas líneas será desarrollada la manera en que la fuerza normativa de la Constitución vincula a las autoridades públicas, y la medida en que el Derecho de la Constitución sirve como parámetro para analizar la adecuación o la conformidad de todo el ordenamiento jurídico costarricense con respecto al Texto Fundamental.

De esta forma, en estas líneas se realizará una aproximación sobre las normas que en el ordenamiento jurídico costarricense componen el bloque de constitucionalidad o el Derecho de la Constitución; tales son, el texto de

274 Al respecto, véase Hernández Valle, R., Derecho de la Constitución, Volumen I-II, Juriscentro, Sociedad Anónima, San José, 1993,

275 Véase Solano Carrera, L. F., La aplicación directa de la Constitución (el caso de Costa Rica), op. cit., pág. 35.

la Constitución Política de la República de Costa Rica, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y ciertas disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa que establecen trámites sustanciales en el procedimiento de aprobación de las leyes. Al respecto, la inobservancia de alguna de estas formalidades sustanciales en el Reglamento de la Asamblea Legislativa, como se verá con alguna profundidad más adelante, puede dar lugar a una declaratoria de inconstitucionalidad del precepto infra-constitucional cuestionado, si con motivo de su aprobación se ha vulnerado dichos trámites sustanciales, especialmente vinculados con el principio democrático y de publicidad, los cuales deben ser apreciados por la Sala Constitucional en el caso concreto de que se trate. De ahí que no todas las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa integran el Derecho de la Constitución, sino aquellas que desarrollan en el seno del procedimiento legislativo varios principios constitucionales, entre ellos, el principio democrático y de respeto de las minorías.

a) La Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949.

La Constitución Política de la República de Costa Rica fue promulgada el 7 de noviembre de 1949 y a la fecha ha sufrido cerca de 52 reformas parciales hasta el 20 de junio de 2002²⁷⁶. Sobre el particular, es evidente que el articulado de la Constitución constituye el primer elemento del bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense y, además, está dotado de plena normatividad, motivo por el cual es vinculante con respecto a los poderes públicos.

Es claro entonces que en unos supuestos las disposiciones de la Constitución y su fuerza normativa se imponen en forma directa a las actuaciones y las omisiones de los poderes constituidos, en otros casos es necesario realizar un proceso de concretización de las normas constitucionales a través de la interpretación, o bien un desarrollo legislativo ulterior con ese propósito.

De ahí que no es similar la forma en que las distintas normas constitucionales vinculan a los poderes constituidos. Sobre el particular, López Guerra, ha explicado que en los sistemas constitucionales con alguna tradición, *“las previsiones constitucionales se encuentran desarrolladas por las normas legislativas, de forma que la aplicación directa de la Constitución (a falta de normas*

276 Sobre el particular, se puede consultar la página http://www.constitution.org/cons/costa_rica/costa_rica.htm (18/10/2009)

legales) no suele ser necesaria ni frecuente. Por ello, el control de la adecuación a la ley se confunde con el control de la adecuación a la Constitución. En todo caso, sin embargo, la Constitución inspirará la interpretación de la ley por los poderes ejecutivo y judicial. Estos, pues, se encuentran sujetos a los mandatos constitucionales (bien directamente, bien a través de su desarrollo legal) y sometidos a los correspondientes controles, encomendados a los órganos judiciales, en los distintos niveles'²⁷⁷.

De ahí que los tribunales ordinarios, al resolver con autoridad de cosa juzgada formal y material un conflicto de intereses, aplican la ley y la Constitución, lo cual lógicamente implica un juicio previo de constitucionalidad sobre la norma legal que ha de ser interpretada al caso particular. Dicho juicio preliminar se realiza con base en las disposiciones que en el ordenamiento jurídico costarricense integran el bloque de constitucionalidad.

De esta forma, si la norma legal no supera el juicio preliminar de constitucionalidad realizado por el juez ordinario al pretender aplicar la ley, tiene la obligación de formular la consulta judicial de constitucionalidad como se ha comentado con anterioridad, de acuerdo con el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para que sea la Sala quien

²⁷⁷ Ver López Guerra, L., Introducción al Derecho..., op. cit., pág. 196.

determine si esa disposición finalmente lesiona o no el Derecho de la Constitución. Lo anterior, teniendo en consideración que el artículo 10 de la Constitución Política le atribuye el monopolio del rechazo a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para expulsar del ordenamiento jurídico toda disposición que no vulnera el Derecho de la Constitución, como lo hemos indicado con anterioridad, al examinar nuestro planteamiento acerca de la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución, así como la posibilidad de someter al juicio de invalidez los efectos ultraactivos de esas disposiciones.

De otro lado, si los tribunales ordinarios, al efectuar el examen preliminar de constitucionalidad de las disposiciones legales, estiman que no lesionan el Derecho de la Constitución, aplican al caso que deben juzgar tanto la Constitución como la ley, e incluso pueden efectuar una interpretación de la disposición legal conforme a la Derecho de la Constitución, siempre que no desborde los límites del mismo texto legal²⁷⁸.

De modo que la eficacia directa e inmediata del Derecho de la Constitución supone, en palabras del Magistrado Jinesta Lobo, “*que todos los*

278 En el capítulo siguiente se esbozarán algunas líneas sobre la posibilidad de los Tribunales Constitucionales de interpretar sus disposiciones conforme al Derecho de la Constitución, así como los límites que enfrentan en el ejercicio de esa función.

jueces y tribunales ordinarios deben interpretarla y aplicarla (verbigracia, enjuiciamiento previo de la constitucionalidad de la norma aplicable, el que puede traducirse en un juicio positivo de constitucionalidad de la norma o acto aplicable al caso concreto, uno dubitativo fundado de constitucionalidad que desemboca en la consulta judicial de constitucionalidad; la aplicación de los principios y valores constitucionales que deben informar la práctica judicial —entre los que destaca el de interpretación conforme a la Constitución-, así como de la jurisprudencia de la Sala Constitucional que resulta vinculante erga omnes)’²⁷⁹.

En todo caso, a todas luces es evidente la manera en que el Derecho de la Constitución vincula la actividad de los órganos jurisdiccionales y de todas las autoridades públicas. En unos casos se impone de manera directa frente a la actuación de los poderes públicos, en otros, precisa de un desarrollo normativo ulterior que dote a los preceptos constitucionales de eficacia plena.

En estos últimos supuestos, la inactividad de los poderes públicos en desarrollar los preceptos constitucionales de ejecución o de eficacia diferida puede dar lugar a una inconstitucionalidad por omisión, total o parcial, lo

279 Véase Jinesta Lobo, E., Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2007, pág. 230.

cual ha sido plenamente admitido en la jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (fundamentalmente a partir de la conocida sentencia No. 2005-05649, de 11 de mayo, en la cual se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada contra la omisión del legislador de dotar de eficacia plena los mandatos establecidos en los artículos 105 y 123 de la Constitución Política, así como el Transitorio Único de la Ley No. 8281 de 28 de mayo de 2002, por cuyo medio se reformó parcialmente la Constitución para implementar varios mecanismos de democracia participativa -iniciativa popular y referéndum-, estableciéndose el plazo de un año para dictar las leyes de desarrollo, así como en la doctrina).²⁸⁰

Al respecto, si bien algún sector doctrinal se ha levantado contra la posibilidad de la Sala Constitucional (y, en términos más generales, de los tribunales constitucionales) de controlar la inactividad de las autoridades públicas que vulnera el Derecho de la Constitución²⁸¹, por el contrario en

280 Sobre el particular, el lector bien puede consultar: Patiño Cruz, S. y Orozco Solano, V., La Inconstitucionalidad por Omisión, op. cit.

281 En este sentido, Ruiz Miguel ha sostenido que la llamada inconstitucionalidad por omisión en un ordenamiento plantea gravísimos problemas de orden sustantivo y procedimental. En cuanto a lo primero, este autor alude a la falta de apoyo de derecho positivo, la falta de consideración de la peculiaridad y heterogeneidad de normas constitucionales, y la falta de determinación de un plazo para proceder a una actividad legislativa. En lo segundo, menciona la imposibilidad de hacer efectiva una sentencia declarativa de una inconstitucionalidad por omisión, de ahí que concluye que la

esta investigación ya se ha defendido que supone el mayor alcance del principio de supremacía de la Constitución. En este orden de ideas, Villaverde Menéndez ha sostenido sobre las tesis que han criticado el control de inconstitucionalidad por omisión que soslayan *“la más intensa legitimidad democrática del legislador puede explicar su preeminencia entre los Poderes del Estado y la superioridad de la ley respecto de las demás formas jurídicas del concreto ordenamiento jurídico, pero no ya su relación con la Constitución, regida únicamente por la supremacía normativa de esta última”*²⁸².

Es muy claro entonces que el legislador, al igual que los otros poderes públicos, es un poder constituido y, por ello, sus actos y sus omisiones son susceptibles de control por el Tribunal Constitucional, quien lógicamente puede declararlos inconstitucionales si infringen un precepto de la Norma Fundamental. Cabe mencionar que la Constitución Política de la República de Costa Rica está integrada por XVIII títulos más las Disposiciones Transitorias²⁸³.

implementación de este tipo de control de constitucionalidad resulta *“difícilmente compatible con los principios esenciales que estructuran el Estado constitucional: el principio democrático y el principio de supremacía de la Constitución”*. Véase Ruiz Miguel, C., *Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión*, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004, pág. 160

282 Véase Villaverde Menéndez, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pág. 10.

283 Tales son: el Título I: La República; el Título II: Los Costarricenses; el Título III: Los Extranjeros, el Título IV: Derechos y Garantías Individuales, el Título V: Derechos y

A diferencia del sistema francés, el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Costa Rica²⁸⁴ no está provisto de carácter normativo ni integra o compone el bloque de constitucionalidad. A lo sumo podría servir al Juez Constitucional como criterio de interpretación de las normas constitucionales (como cualquier otro método o criterio de interpretación: histórico, sistemático, literal, de concretización) y de los demás elementos que conforman el Derecho de la Constitución.

Garantías Sociales, el Título VI: La Religión, el Título VII: La Educación y la Cultura, el Título VIII: Derechos y Deberes Políticos (este título a su vez se divide en tres capítulos, que son: Capítulo I: Los Ciudadanos, el Capítulo II: El Sufragio, el Capítulo III: El Tribunal Supremo de Elecciones), el Título IX: El Poder Legislativo (que a su vez se divide en tres capítulos: Capítulo I: Organización de la Asamblea Legislativa, Capítulo II: Atribuciones de la Asamblea Legislativa, Capítulo III: Formación de las Leyes), el Título X: El Poder Ejecutivo (que está integrado por los siguientes capítulos: Capítulo I: El Presidente y el Vicepresidente de la República, Capítulo II: Deberes y atribuciones de quienes ejercen el Poder Ejecutivo, Capítulo III: Los Ministros de Gobierno, Capítulo IV: El Consejo de Gobierno, Capítulo V: responsabilidades de quienes ejercen el Poder Ejecutivo), el Título XI: El Poder Judicial, el Título XII: El Régimen Municipal, el Título XIII: Hacienda Pública (que a su vez está integrado por: el Capítulo I: El Presupuesto de la República, el Capítulo II: La Contraloría General de la República, el Capítulo III: La Tesorería Nacional), el Título XIV: Las Instituciones Autónomas, el Título XV: El Servicio Civil, el Título XVI: El Juramento Constitucional, el Título XVII: Las Reformas de la Constitución, el Título XVIII: Disposiciones Finales, para un total de 197 artículos.

284 El preámbulo de la Constitución Política de la República de Costa Rica dice lo siguiente: *"nosotros, los representantes del pueblo de Costa Rica, libremente elegidos diputados a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando el nombre de Dios y reiterando nuestra fe en la democracia, decretamos y sancionamos la siguiente: Constitución Política de la República de Costa Rica"*.

Además, la Constitución Política costarricense contiene una parte dogmática, de reconocimiento de los derechos fundamentales de que goza todo particular por su condición de ser humano, que no es taxativa y, por el contrario, más bien es completada con los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, que son directamente exigibles ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, mediante un recurso de amparo, o de hábeas corpus, o por las diferentes alternativas de control de constitucionalidad.

Pero también está conformada la Constitución por una parte orgánica, en que se establece la configuración constitucional de los principales poderes públicos. Entre los principios generales que informan el Texto de la Constitución, es posible mencionar los siguientes: el principio republicano, el principio democrático y el respeto de todos los valores que integran la dignidad humana.

Así, la Asamblea Legislativa es un órgano unicameral y se compone de cincuenta y siete Diputados, los cuales tienen ese carácter por la Nación y son elegidos por provincias. El número de diputados por provincias varía según el censo de la población y son elegidos en listas cerradas mediante el sistema de cociente, sub-cociente.

De esta forma, los diputados permanecen en sus cargos por períodos de cuatro años y no pueden ser reelectos en forma sucesiva. Entre los requisitos para ser diputado, el artículo 108 de la Constitución Política de la República de Costa Rica menciona los siguientes: ser ciudadano en ejercicio; ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con diez años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalidad; haber cumplido veintiún años de edad.

Por su parte, el artículo 109 constitucional establece las siguientes incompatibilidades para el ejercicio de la función legislativa: el Presidente de la República o quien lo sustituya en el ejercicio de la Presidencia al tiempo de la elección; los Ministros de Gobierno; los Magistrados propietarios de la Corte Suprema de Justicia; los Magistrados propietarios y suplentes del Tribunal Supremo de Elecciones, y el Director del Registro Civil; los militares en servicio activo; los que ejerzan jurisdicción, autoridad civil o de policía, extensiva a una provincia; los gerentes de las instituciones autónomas; los parientes de quien ejerza la Presidencia de la República, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, inclusive.

Cabe mencionar que esas incompatibilidades afectan a quienes desempeñan los cargos indicados dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

Entre las funciones más importantes que la Constitución Política de la República de Costa Rica le asigna al Poder Legislativo, es preciso mencionar las de control político, así como las de dictar las leyes, reformarlas, derogarlas y darles interpretación auténtica, salvo lo dicho en el capítulo referente al Tribunal Supremo de Elecciones

Por su lado, en lo que atañe a la Jefatura del Estado y al Poder Ejecutivo, es preciso mencionar que es uno compuesto, que está integrado por cuatro órganos constitucionales, a saber, el Presidente de la República (quien es Jefe del Estado y Jefe del Gobierno), los Ministros de ramo, el Consejo de Gobierno y el Poder Ejecutivo en sentido estricto (entiéndase el Presidente de la República y el Ministro de ramo correspondiente).

De este modo, las funciones de quien ejerce la Presidencia de la República han sido contempladas en el artículo 139 de la Constitución Política²⁸⁵, mientras que los requisitos para ocupar ese cargo han sido

285 El artículo 139 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone:

contemplados en el artículo 131 de la Constitución, a saber: ser costarricense por nacimiento y ciudadano en ejercicio, debe ser del Estado seglar, y ser mayor de 30 años.

Por su parte, en lo que atañe a la figura del Poder Ejecutivo en sentido estricto (es decir, a la conjunción del Presidente de la República y su Ministro de Ramo), sus funciones han sido contempladas en el artículo 140 de la Constitución. De lo anterior, fácilmente se deduce que la Constitución Política costarricense ha preferido encomendar la mayor parte de las funciones que normalmente corresponden al Ejecutivo al órgano denominado: Poder Ejecutivo en sentido estricto. De tal manera que, por

"ARTÍCULO 139.- Son deberes y atribuciones exclusivas de quien ejerce la Presidencia de la República:

- 1) Nombrar y remover libremente a los Ministros de Gobierno;*
- 2) Representar a la Nación en los actos de carácter oficial;*
- 3) Ejercer el mando supremo de la fuerza pública;*
- 4) Presentar a la Asamblea Legislativa, al iniciarse el primer período anual de sesiones, un mensaje escrito relativo a los diversos asuntos de la Administración y al estado político de la República y en el cual deberá, además, proponer las medidas que juzgue de importancia para la buena marcha del Gobierno, y el progreso y bienestar de la Nación;*
- 5) Comunicar de previo a la Asamblea Legislativa, cuando se proponga salir del país, los motivos de su viaje.*

ejemplo, si en la adopción de un Decreto Ejecutivo adoptado con arreglo al artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política²⁸⁶ se omitiese la firma del Ministro de ramo que debía suscribir ese acto con el Presidente de la República, ello necesariamente produce la inconstitucionalidad del Decreto en cuestión.

Sobre los otros órganos que según la Constitución integran el Poder Ejecutivo es preciso mencionar, aunque de manera muy breve, los requisitos que deben reunir los Ministros: ser ciudadano en ejercicio, ser costarricense por nacimiento, o por naturalización con diez años de residencia en el país después de haber obtenido la nacionalidad, ser del Estado Secular, haber cumplido veinticinco años de edad; así como las funciones que el artículo 147 del Texto Fundamental²⁸⁷ atribuye al Consejo de Gobierno.

286 El artículo 140 inciso 3) de la Constitución Política de la República de Costa Rica, dispone:

"ARTÍCULO 140.- Son deberes y atribuciones que corresponden conjuntamente al Presidente y al respectivo Ministro de Gobierno: (...)

3) Sancionar y promulgar las leyes, reglamentarlas, ejecutarlas y velar por su exacto cumplimiento;"

287 El artículo 147 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone:

Asimismo, el artículo 152 de la Constitución Política de la República de Costa Rica señala que el Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales que establezca la ley. Sobre el particular, el artículo 154 constitucional establece que sólo está sometido a la Constitución y a la ley. Además, y bajo la observancia del principio de independencia jurisdiccional, ningún tribunal puede avocar el conocimiento de causas pendientes ante otro, y sólo se pueden solicitar los expedientes ad-effectum videndi.

"ARTÍCULO 147.- El Consejo de Gobierno lo forman el Presidente de la República y los Ministros, para ejercer, bajo la Presidencia del primero, las siguientes funciones:

- 1) Solicitar a la Asamblea Legislativa la declaratoria del estado de defensa nacional y la autorización para decretar el reclutamiento militar, organizar el ejército y negociar la paz;*
- 2) Ejercer el derecho de gracia en la forma que indique la ley;*
- 3) Nombrar y remover a los Representantes Diplomáticos de la República;*
- 4) Nombrar a los directores de las instituciones autónomas cuya designación corresponda al Poder Ejecutivo;*
- 5) Resolver los demás negocios que le someta al Presidente de la República quien, si la gravedad de algún asunto lo exige, podrá invitar a otras personas para que, con carácter consultivo, participen en las deliberaciones del Consejo."*

La Corte Suprema de Justicia es el tribunal superior del Poder Judicial, y de ella dependen los tribunales, funcionarios y empleados en el ramo judicial, y está conformada por 22 Magistrados, divididos en cuatro salas: 5 en la Sala Primera (que conoce asuntos civiles, y contencioso administrativo), 5 en la Sala Segunda (que conoce asuntos laborales y de familia), 5 en la Sala Tercera (que conoce asuntos penales) y 7 en la Sala Constitucional, que será examinada desde una perspectiva comparada en el Capítulo siguiente. Cabe mencionar que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, incluyendo los de la Sala Constitucional son electos por ocho años y se consideran reelegidos para períodos iguales, salvo que en votación no menor de las dos terceras partes del total de los miembros de la Asamblea Legislativa se acuerde lo contrario.

Finalmente, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 99 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, le corresponde al Tribunal Supremo de Elecciones la organización, dirección y vigilancia de los actos relativos al sufragio, el cual goza de independencia en el desempeño de su cometido. De esta forma, los Magistrados de ese Tribunal están sujetos a las condiciones de trabajo, y al tiempo mínimo de labor diaria que indique la Ley Orgánica del Poder Judicial para los Magistrados de la Sala de Casación, y percibirán las remuneraciones que se fijen para

éstos. Además, duran en sus cargos seis años, y gozan de las inmunidades y prerrogativas que corresponden a los miembros de los Supremos Poderes. Entre las funciones que la Constitución le ha atribuido al Órgano, es posible mencionar las siguientes:

- Convocar a elecciones populares (función administrativa electoral);
- Interpretar en forma exclusiva y obligatoria las disposiciones constitucionales y legales referentes a la materia electoral (función normativa electoral);
- Investigar por sí o por medio de delegados, y pronunciarse con respecto a toda denuncia formulada por los partidos sobre parcialidad política de los servidores del Estado en el ejercicio de sus cargos, o sobre actividades políticas de funcionarios a quienes les esté prohibido ejercerlas. La declaratoria de culpabilidad que pronuncie el Tribunal será causa obligatoria de destitución e incapacitará al culpable para ejercer cargos públicos por un período no menor de dos años, sin perjuicio

de las responsabilidades penales que pudieren exigírsele. No obstante, si la investigación practicada contiene cargos contra el Presidente de la República, Ministros de Gobierno, Ministros Diplomáticos, Contralor y Subcontralor Generales de la República, o Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal se concretará a dar cuenta a la Asamblea Legislativa del resultado de la investigación (función jurisdiccional electoral);

- Dictar, con respecto a la fuerza pública, las medidas pertinentes para que los procesos electorales se desarrollen en condiciones de garantías y libertad irrestrictas. En caso de que esté decretado el reclutamiento militar, podrá igualmente el Tribunal dictar las medidas adecuadas para que no se estorbe el proceso electoral, a fin de que todos los ciudadanos puedan emitir libremente su voto. Estas medidas las hará cumplir el Tribunal por sí o por medio de los delegados que designe (función normativa electoral);

- Efectuar el escrutinio definitivo de los sufragios emitidos en las elecciones de Presidente y Vicepresidentes de la República, Diputados a la Asamblea Legislativa, miembros de las Municipalidades y Representantes a Asambleas Constituyentes (función electoral);

- Hacer la declaratoria definitiva de la elección de Presidente y Vicepresidentes de la República, dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la votación.

Sobre todo lo anterior, es preciso resaltar lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, en el sentido que las decisiones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción por prevaricato.

b) Las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa que establecen trámites sustanciales en el procedimiento de formación de las leyes.

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico costarricense el procedimiento de formación de las normas con rango de ley ha sido contemplado en los artículos 123 a 129 del Texto Fundamental, y es desarrollado por las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa. En este sentido, el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en su inciso c), establece la posibilidad de entablar una acción de inconstitucionalidad contra una ley cuando durante su proceso de formación se haya violado algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución, o en el Reglamento de la Asamblea Legislativa.

De lo anterior se infiere, con toda claridad, que las disposiciones del reglamento aludido eventualmente integran el Derecho de la Constitución, si dentro del procedimiento legislativo establecen un trámite sustancial en el cual se desarrolle algún principio fundamental contemplado en la Constitución, como son los casos del principio democrático, el de respeto de las minorías, publicidad, entre otros²⁸⁸.

288 Sobre lo anterior, la Sala Constitucional en la sentencia No. 2002-11607 de 11 de diciembre, al resolver la acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 468, 469, 470, 471, 473, 474, 477, 712, 713, 716, 721, 726, 728 del Código Fiscal, señaló: *"I.- DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY POR VIOLACIÓN AL TRÁMITE LEGISLATIVO. Conforme lo establece el inciso c) del artículo 73 la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, constituye un parámetro de constitucionalidad en lo que se refiere a los requisitos o trámites sustanciales en el procedimiento de formación de leyes, acuerdos legislativos o cuando se*

Del contenido de la sentencia transcrita, claramente se deduce que las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa constituyen parámetro de constitucionalidad si establecen algún trámite sustancial en el procedimiento de formación de las leyes o si desarrollan algún principio fundamental previsto en la Constitución como el democrático y el de publicidad.

c) Los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

suscriban, aprueben o ratifiquen convenios o tratados internacionales. A través de su jurisprudencia, esta Sala ha establecido que es competente para decretar la anulación de una ley o acuerdo legislativo si constata que en el procedimiento de su formación se violó algún trámite sustancial, previsto en la Constitución o en el Reglamento de la Asamblea Legislativa. En el presente asunto, acusa el accionante que si bien la ley que cuestiona sufrió los tres debates conforme al artículo 95 de la Constitución Política vigente a la promulgación de la norma, no respetó lo dispuesto en el artículo 42 del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina interior del Congreso Constitucional, según el cual: "Es a cargo de la Secretaría la forma y redacción de los decretos y demás disposiciones que emita el Congreso; pero todos ellos serán sometidos a su última aprobación, antes de ser firmados y despachados". Explica que de conformidad con la norma transcrita, cada proyecto debe contar con tres aprobaciones del mismo, aprobación que de las actas del expediente legislativo de la ley en cuestión, no consta se dio en los dos primeros debates del proyecto y únicamente aparece la última aprobación en tercer debate; lo que a su criterio invalida la norma. A criterio de este Tribunal, el que no se haya estipulado expresamente en las actas la aprobación del proyecto de ley en primero y segundo debate, no invalida el trámite legislativo porque no constituye un vicio o irrespeto del trámite legislativo del el que no conste en el acta que no se aprobó en el primero o segundo debate el citado proyecto, ya que el proceso de su discusión y aprobación final se realizó en resguardo del principio democrático y se cumplieron a cabalidad los procedimientos constitucionales y reglamentarios para su aprobación. En consecuencia, la omisión que acusa el accionante no existe y no produce el efecto invalidante de la ley dentro del trámite legislativo, que se pretende en la acción."

A diferencia de los criterios sostenidos sobre el particular por el Consejo Constitucional Francés y el Tribunal Constitucional Español, en el sentido que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no integran el parámetro o bloque de constitucionalidad, en el ordenamiento jurídico costarricense, en cambio, dichos instrumentos constituyen verdaderas reglas jurídicas y son utilizados por la Sala Constitucional para valorar la conformidad de una disposición Infra-constitucional con respecto al Derecho de la Constitución.

Lo anterior es posible en virtud de una interpretación que, como se verá con detalle en el último capítulo de esta investigación, tales instrumentos, a diferencia de otras normas y reglas del Derecho Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la ley de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer sobre éstos.

De esta forma, lo que ha realizado la Sala Constitucional es una construcción a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política, (en cuya razón es posible plantear un recurso de amparo no sólo por la vulneración de un derecho consagrado en la Constitución Política,

sino también en un Instrumento Internacional sobre los Derechos Humanos), lo cual ha sido desarrollado por la Sala en reiteradas ocasiones²⁸⁹.

Cabe mencionar que los demás instrumentos internacionales (que no son materia distinta de los derechos humanos), eventualmente pueden ser utilizados por la Sala Constitucional como parámetro de constitucionalidad, sin que por ello integren el Derecho de la Constitución o el bloque, teniendo en consideración lo dispuesto por el artículo 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que establece la posibilidad de entablar una acción de inconstitucionalidad cuando alguna ley o disposición general infrinja el 7 párrafo 1º de la Constitución, justamente por oponerse a un tratado público o convenio internacional²⁹⁰.

289 Sobre el particular, es preciso consultar las siguientes decisiones: la No. 1147-90 de 21 de septiembre, No. 1739-92 de 1º de julio, No. 3435-92 y su aclaración: No. 5759-93, No. 2313-95, de 9 de mayo, No. 2000-09685 de 1 de noviembre, No. 2002-10693 de 7 de noviembre, y la No. 2007-1682 de 9 de febrero de 2007, las cuales serán comentadas en la última fase de mi investigación.

290 El artículo 7 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone: *"ARTÍCULO 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes. Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto."*

Sección II.- El alcance del bloque de constitucionalidad respecto a las normas preconstitucionales.

Una vez desarrollado las nociones del bloque de constitucionalidad en el sistema francés, el español y el costarricense, así como las normas que lo componen en cada ordenamiento jurídico, de seguido será analizada su vinculación con respecto a las normas preconstitucionales, es decir, aquellas disposiciones cuyo período de vigor es anterior a la Norma Fundamental.

Al respecto, a todas luces es evidente que las normas que componen el bloque de constitucionalidad en cada ordenamiento jurídico (a parte de la propia Constitución, desde luego, y cuyas relaciones con las normas preconstitucionales han sido tratadas en los capítulos anteriores) están dotadas de fuerza normativa y de capacidad activa, motivo por el cual derogan todo el ordenamiento jurídico que las contradice, tanto el pre como el post-constitucional (lo anterior, lógicamente en el supuesto en que la norma que integre el bloque de constitucionalidad sea aprobada en un momento posterior al de la Norma Fundamental, caso en el cual deroga todo el ordenamiento jurídico que le es incompatible, tanto el previo como

el que ha sido dictado conforme a las reglas establecidas en la Constitución vigente).

También es preciso insistir sobre la competencia de los tribunales constitucionales, y de los tribunales ordinarios, en su caso, para tener por derogadas las normas anteriores a la Constitución que se oponen a las disposiciones que integran el bloque de constitucionalidad en cada sistema. Así como la posibilidad de los tribunales constitucionales de desarrollar el control de constitucionalidad, en términos de validez, si sobrevive algún efecto ultra-activo a la derogación.

A continuación serán analizadas con mayor detalle las relaciones entre las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad en el sistema francés, español y en el costarricense.

II.A. Las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico francés.

Ahora bien, en lo que atañe a la relación sobre las normas preconstitucionales y lo que la doctrina especializada en el sistema francés ha entendido por el bloque de constitucionalidad, es preciso advertir varias

situaciones, entre ellas, que ha sido el Consejo Constitucional quien por obra de sus decisiones ha otorgado vigencia a varios preceptos anteriores a la Constitución para incluirlos en el parámetro de constitucionalidad (como ha sido el caso de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789, el Preámbulo de la Constitución de 1946 y los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República) para examinar la adecuación de los preceptos infra-constitucionales a la Constitución, siempre a partir del control previo de constitucionalidad, el cual es el que todavía predomina en ese sistema.

Efectivamente, *le Conseil Constitutionnel*, a diferencia de los grandes tribunales constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo (es decir, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana o el Tribunal Constitucional Español) no sólo se caracteriza porque únicamente tiene una función de las que en forma tradicional han sido encomendadas a esos órganos jurisdiccionales, es decir, el control de constitucionalidad de la ley, sino también porque es de carácter previo, antes de la entrada en vigencia del precepto cuestionado, con lo que, al menos en la sede del Consejo Constitucional, resulta poco probable que deba referirse sobre la compatibilidad constitucional de una disposición anterior a la Constitución Francesa de 1958, así como sobre la

necesidad de potenciar la fuerza normativa de la Constitución, que como se ha visto en esta investigación, sanciona con el efecto derogatorio o la abrogación a las normas anteriores que se le oponen.

En este orden de ideas, Pierre Bon afirma que este órgano no posee ninguna competencia específica para resolver los conflictos entre órganos constitucionales, ni existe en el sistema francés algún recurso ante el juez constitucional abierto a los individuos, o a las personas jurídicas, para la defensa de sus derechos fundamentales²⁹¹.

De esta manera, el control *a priori* de constitucionalidad lo ha realizado el Consejo Constitucional de modo preceptivo (de acuerdo con el artículo 61 de la Constitución) sobre leyes orgánicas antes de su promulgación, o sobre los reglamentos parlamentarios con anterioridad al inicio de su vigor. Pero también lo ha desarrollado de modo facultativo, a solicitud del Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de una u otra Asamblea, o sesenta Diputados o Senadores, si se trataba de la impugnación de tratados internacionales antes de su ratificación o su

291 Ver Bon, P., A propósito del Consejo, op. cit., pág. 401.

aprobación, o de leyes ordinarias con anterioridad a su promulgación (de acuerdo con los artículos 54 y 61 ídem)²⁹².

Al respecto se debe advertir que mediante la ley constitucional No. 2008-724 de 23 de julio de 2008 fueron modificadas varias disposiciones de la Constitución Francesa de 1958, y ha sido introducido el artículo 61-1, en que se establece una especie de control a posteriori de constitucionalidad, en los siguientes términos:

“ARTICULO 61-1. Cuando, con motivo de una instancia pendiente ante una jurisdicción, se alegue que una disposición legislativa perjudica a los derechos y las libertades que garantiza la Constitución, se podrá someter el asunto, tras su remisión por parte del Consejo de Estado o del Tribunal de Casación, al Consejo Constitucional que se pronunciará en un plazo determinado.

Una ley orgánica determinará las condiciones de aplicación del presente artículo.”

292 Véase Bon, P., A propósito del Consejo ..., op. cit., pág. 402. El artículo 54 de la Constitución Francesa de 1958 dispone:

“ARTICULO 54. Si el Consejo Constitucional, requerido por el Presidente de la República, por el Primer Ministro, por el Presidente de cualquiera de las dos Cámaras o por sesenta diputados o por sesenta senadores, declara que un compromiso internacional contiene una cláusula contraria a la Constitución, la autorización para ratificar o aprobar el referido compromiso internacional sólo podrá otorgarse previa reforma de la Constitución.”

Aunque de una lectura inicial y ligera de esta disposición, fácilmente se podría adelantar que el control a posteriori de constitucionalidad lo desarrollaría el Consejo Constitucional Francés en términos muy reducidos, aún no se conoce la orientación jurisprudencial que esbozaría el Consejo con respecto a esa disposición, a pesar que ya ha sido emitida la ley orgánica en que se regulan las condiciones de aplicación del artículo.

También habría que esperar una vez que comience a regir el control a posteriori de constitucionalidad en los términos expuestos en el artículo 61-1, cuál sería la solución que con respecto al conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución Francesa de 1958 adopte el Consejo Constitucional.

Cabe mencionar, sin embargo, que existe una modalidad en que el Consejo Constitucional realiza una especie de control *a posteriori* y es la que está prevista en el artículo 37.2 de la Constitución Francesa de la Quinta República (el procedimiento de deslegalización), cuando se acredita que una ley ha regulado materia reglamentaria que, como tal, le está vedada al legislador²⁹³.

293 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 78. El artículo 37 de la Constitución Francesa de 1958, dispone:

Ahora bien, en lo que atañe al concepto de ley Pierre Bon afirma que debe contener *“exclusivamente el texto aprobado por el Parlamento por el procedimiento legislativo, lo que excluye, de un lado, las leyes adoptadas por referéndum (...) y, de otro, los actos del ejecutivo con fuerza de ley”*²⁹⁴, sobre las cuales no es posible realizar el control de constitucionalidad. Es claro que la exclusión del control de constitucionalidad de las leyes referendarias contradice los alcances del principio de supremacía de la Constitución y su posición privilegiada en la cúspide del ordenamiento jurídico, así como relativiza la noción de la Constitución como norma jurídica dotada de coercitividad. Lo anterior por cuanto, aunque esa disposición haya sido aprobada por la vía del referéndum siempre permanece vinculada a la Constitución, como máxima expresión de la voluntad general del pueblo soberano, la cual justamente ha previsto la manera en que esas disposiciones, que siempre tendrán aunque sean aprobadas por referéndum rango de ley, han de nacer a la vida jurídica. De modo que frente a la Constitución no nos parece que

“ARTÍCULO 37. Tendrán carácter reglamentario todas las materias distintas de las pertenecientes al ámbito de la ley.

Los textos con forma de ley referentes a dichas materias podrán ser modificados por decreto acordado previo dictamen del Consejo de Estado. Los textos de este carácter que se aprobaran después de la entrada en vigor de la presente Constitución sólo podrán ser modificados por decreto si el Consejo Constitucional hubiera declarado que tienen carácter reglamentario en virtud del apartado anterior.”

294 Ver Bon, P., A propósito del Consejo, op. cit., págs. 402 y 403.

sea posible argumentar a favor de excluir las leyes refrendarias del control de constitucionalidad, pues con ello lo que hacemos es debilitar los alcances de la normatividad del Texto Fundamental.

II.B. Las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico español.

Ahora bien, en lo que toca al ordenamiento jurídico español, es preciso recordar los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional con respecto a las normas preconstitucionales y el Texto Fundamental, a partir de las conocidas sentencias de 2 de febrero de 1981 y de 8 de abril de 1981, en cuya razón afirmó que la incompatibilidad de las normas preconstitucionales con la Constitución es la premisa para tenerlas por derogadas ante su falta de vigencia con respecto al Texto Fundamental vigente, o para realizar el control de constitucionalidad y declarar su invalidez desde una perspectiva vertical, o su ine adecuación con respecto a una norma de mayor rango como lo es la Constitución.

Así, de acuerdo con el Tribunal Constitucional Español en las sentencias aludidas, la falta de vigencia y la sanción de derogación puede ser apreciada por los tribunales ordinarios en el ejercicio de su actividad

jurisdiccional, mientras que el vicio de invalidez y la declaratoria de inconstitucionalidad sólo puede ser declarada por el Tribunal Constitucional, quien goza del monopolio del rechazo para expulsar del ordenamiento jurídico las normas que vulneran los preceptos constitucionales. Lo anterior pese a los alcances de la cláusula de derogatoria general que la Constitución Española estipula con respecto a toda la normativa anterior a su promulgación que le resulta incompatible

Es claro que las interpretaciones aludidas, según se verá con mayor detalle más adelante, únicamente son defendibles a partir de una construcción interpretativa y argumentativa en la cual se ha soslayado todas las implicaciones del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, y de su capacidad como norma jurídica dotada de coercitividad de abrogar todo el derecho anterior que se le opone, justamente a partir de su promulgación.

De ahí que el examen de vigencia (como se ha defendido con anterioridad) siempre es anterior al de validez, pues éste únicamente se puede producir sobre normas vigentes (es decir sobre normas existentes en el ámbito del sistema normativo), o sobre sus efectos ultra-activos, si sobreviven a la norma derogada situaciones jurídicas en las cuales aún se

requiere su aplicación. Sobre el particular, es innegable la posibilidad de someter al control de constitucionalidad esos efectos ultra-activos, únicos existentes desde el momento en que ha operado sobre esa norma el efecto derogatorio por su incompatibilidad frente a la Constitución.

En el caso de las interrelaciones entre las normas preconstitucionales y las disposiciones que en el ordenamiento jurídico español componen el bloque de constitucionalidad (como los Estatutos de Autonomía de cada Comunidad Autónoma, o ciertas leyes orgánicas, según el caso de que se trate) la solución ante un posible conflicto normativo es bastante similar al que corresponde si fuese con respecto a la Constitución, pero con las siguientes particularidades.

En primer lugar, y como se ha precisado con anterioridad, el carácter preconstitucional de una norma únicamente se determina en la medida en que su período de vigencia o de vigor siempre es anterior al de la Constitución. De ahí que ante la aprobación de un nuevo Estatuto de una Comunidad Autónoma, su fuerza normativa activa deroga no solo las normas preconstitucionales que le son incompatibles, sino también las post-constitucionales, es decir aquellas que han sido emitidas según los lineamientos y los procedimientos contemplados en la Constitución

vigente, siempre que se vean afectadas justamente por la aprobación del nuevo Estatuto de la Comunidad Autónoma.

Lo segundo, que esa derogación bien puede ser declarada por los tribunales ordinarios, o el Tribunal Constitucional Español, en el ejercicio de sus facultades y sus competencias constitucionales y legales. Lo anterior por cuanto, tanto los segundos, como el primero, realizan labor jurisdiccional (lo que francamente resulta innegable) y tienen la posibilidad de juzgar sobre las normas que deben aplicar para resolver un determinado conflicto de intereses. El mismo comentario se puede esbozar con respecto a las leyes orgánicas, las cuales desde su aprobación derogan todo el derecho anterior que les resulta incompatible, tanto el pre como el postconstitucional, siempre que se trata de normas del mismo rango o inferior a éstas.

Lo contrario sería despojar a estas disposiciones todos los elementos que las connotan como normas jurídicas, particularmente su capacidad para derogar (expresa o tácitamente, según el caso) todo el derecho anterior le resulta incompatible, tanto el pre como el post-constitucional, en aplicación de la máxima *lex posteriori derogat priori*.

Ello no ha sido tomado en consideración por el Tribunal Constitucional Español en las sentencias de comentario, ni en la mayor parte de la jurisprudencia posterior (que será analizada infra), a partir de la introducción del instituto híbrido y contradictorio de la inconstitucionalidad sobrevenida, que ha sido desarrollado por la Jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad Italiana, y que ha permitido aplicar el juicio de constitucionalidad sobre las normas preconstitucionales, anulándolas en el caso en que sean incompatibles frente a los preceptos inconstitucionales, como efectivamente se produjo en la primera sentencia de esa Corte de Constitucionalidad en el año 1956, o en los supuestos del control abstracto de constitucionalidad en el sistema alemán, como lo veremos más adelante.

II.C. Las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense.

En lo que atañe a la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y las que componen el mencionado bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense, es preciso realizar las siguientes aclaraciones.

En primer lugar, se debe reiterar que el carácter preconstitucional de una disposición se determina en la medida en que su período de vigor es justamente anterior al de la Norma Constitucional, mientras que las normas que en el sistema costarricense componen el bloque de constitucionalidad pueden cobrar vida jurídica de modo posterior a la misma Constitución, como son los casos de las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa que desarrollan, en el marco del procedimiento de formación de las leyes, algún trámite sustancial o principio previsto en la Constitución (entre ellos el principio democrático, de publicidad o de respeto de las minorías), así como las disposiciones del Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos.

En segundo, en el caso particular de las normas del Reglamento de la Asamblea Legislativa que desarrollan trámites sustanciales en el procedimiento de formación de las leyes, y desde una perspectiva realista o pragmática, es muy poco probable que se presente un conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y alguna de estas disposiciones, no sólo por la materia tan específica que es regulada por ese Reglamento (sea la composición de los órganos que integran la Asamblea Legislativa Costarricense, sino también el trámite de los procesos que deben conocer

sus órganos en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales²⁹⁵), sino también porque todas las disposiciones preconstitucionales en esta materia obviamente han sido derogadas ya por la misma Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, que ha previsto con respecto a la anterior Constitución de 1871 un nuevo procedimiento constitucional para la elaboración de las normas con rango de ley.

Al respecto, es preciso reiterar que no cualquier infracción de las disposiciones del Reglamento de la Asamblea Legislativa generan la inconstitucionalidad de la ley que ha sido aprobada con ese vicio, ni tampoco todas las disposiciones de ese Reglamento constituyen, como se ha visto, parámetro de constitucionalidad, sino únicamente aquellas que desarrollan algún trámite o principio constitucional previsto en la Constitución²⁹⁶.

295 Sobre lo anterior se puede consultar Ramírez Altamirano, M., Manual de Procedimientos Legislativos, Juriscentro, San José, 2008

296 Sobre el particular, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica, en la sentencia No.3513-94 de 15 de julio, ha indicado:

"De otro lado, el artículo 73 inciso c) de la misma Ley facilita la acción de inconstitucionalidad para los casos en que en la formación de las leyes se viole algún "requisito o trámite sustancial" previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento legislativo. A esto hay que agregar que el artículo 101 de la mencionada Ley prescribe que el dictamen de la Sala es vinculante cuando establezca la existencia de "trámites inconstitucionales del proyecto consultado". El reconocimiento que en las dos últimas reglas se hace de la invalidez procesal o formal por vicios en la formación de la ley, muestra que del legislador se requiere que en sus deliberaciones y decisiones proceda con

Ahora bien, en lo que atañe a la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y los Instrumentos Internacionales sobre los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense (que como se ha visto también componen el bloque de constitucionalidad y, por ende, forman parte integrante del Derecho de la Constitución) en esta investigación serán defendidas las ideas relativas a la derogación de todas las disposiciones pre y post constitucionales que se oponen a estos

corrección jurídica. Pero, a la vez, el carácter limitado de ese reconocimiento -constreñido a los "requisitos o trámites sustanciales", y no a cualquier clase de trámites o requisitos-, exige de la Sala que su juicio en cada situación particular esté regido por la conveniente elasticidad y el sentido práctico, y exento de meros formalismos, a fin de no obstaculizar injustificadamente o innecesariamente el indispensable espacio de libertad de que disponen la Asamblea, sus órganos, los diputados individualmente y las fracciones políticas representadas en aquella. Este ejercicio de flexibilidad en la interpretación y aplicación del derecho al procedimiento legislativo es prudente y razonable y, sobre todo, plausible, cuando el parámetro del juicio de validez no es una disposición concreta (como, por ejemplo, es concreta la regla del artículo 124 de la Constitución que dice que los debates se dan "cada uno en distinto día no consecutivo"), caso en el cual la aplicación está intensamente preconfigurada en la regla, sino un principio constitucional. En este mismo sentido, no hay que perder de vista tampoco el carácter instrumental (que no el único carácter) del procedimiento legislativo, regulado solo en sus puntos medulares por texto expreso de la Constitución, que no solo es la vía por la que la Asamblea discurre para dictar la ley sino para hacerlo realizando a la vez el principio democrático (que está en la base del orden constitucional, como lo afirma la Constitución desde su artículo primero, y que legitima a la propia Asamblea -artículo 105 constitucional- y da autoridad a la ley que de ella dimana - artículos 121 y 129-). En este contexto, precisamente, los "requisitos o trámites sustanciales" de que habla la Ley de la Jurisdicción Constitucional son aquellos que exige la Constitución de modo expreso y más o menos acabado -puesto que hay que suponer que al precisarlos la Constitución y reservarlos para sí, insoslayablemente han de calificarse como "sustanciales"- y los que, establecidos en el Reglamento legislativo, son deducibles del principio democrático (en general o en sus diversas manifestaciones particulares, como, por ejemplo, el pluralismo político o el principio de publicidad)."

Instrumentos, los cuales están dotados de fuerza normativa activa y, por ello, abrogan todo el derecho anterior que se les opone, pre y post constitucionalidad.

Lo anterior será desarrollado con mayor detalle en el Capítulo VI de esta investigación, justamente al tratar las relaciones entre las normas preconstitucionales y los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, tanto en el ordenamiento jurídico costarricense como en el español, donde ciertamente dichos instrumentos tienen o han recibido una valoración distinta por el Tribunal Constitucional Español, a partir de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución de 1978. Sobre dichos punto se profundizará más adelante en el desarrollo de esta investigación, en la cual como hemos visto exploramos la resolución del conflicto normativo entre la Constitución y las disposiciones preconstitucionales que le son incompatibles.

CAPÍTULO III.

EL FUNCIONAMIENTO DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA Y SU VINCULACIÓN CON LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES (ALEMANIA, ITALIA, ESPAÑA Y COSTA RICA).

Una vez comentado en los capítulos anteriores la manera en que se debería resolver el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la fuerza normativa de la Constitución, que sanciona con la derogación las normas anteriores que le son incompatibles, así como las relaciones entre las normas preconstitucionales y el bloque de constitucionalidad, tanto en el ordenamiento jurídico español y costarricense, en el presente serán analizados, en concreto, los principales tribunales constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo desde una perspectiva comparada (es decir, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español) y la manera en que deberían conocer la problemática aludida, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

Además, serán revisadas las principales competencias de esos tribunales constitucionales, y las de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, quien desde su creación en el año 1989 ha sido el intérprete último y guardián de las disposiciones de la Constitución de la República de Costa Rica de 1949. Luego, en los capítulos posteriores serán examinados los criterios sostenidos por esos Órganos Jurisprudenciales con respecto a las normas preconstitucionales, y se analizará en qué medida han compartido o no las ideas defendidas en esta investigación.

Sección I. La composición de los tribunales constitucionales y la adopción de sus decisiones.

En lo que toca a la integración de los principales tribunales constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo, lo primero que se debe decir es que cada Órgano Jurisdiccional está integrado por un número distinto de Magistrados, como se verá a continuación. Así, mientras *el Tribunal Constitucional Federal Alemán* está compuesto por 16 jueces, *la Corte de Constitucionalidad Italiana* tiene 15, *el Tribunal Constitucional Español* tiene 12, *el Consejo Constitucional Francés* (sobre el cual, sin embargo, no profundizaremos en el desarrollo de sus competencias constitucionales)

tiene 9, mientras *la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* tiene 7 miembros.

Así, el *Tribunal Constitucional Federal Alemán (das Bundesverfassungsgericht)* está compuesto por dos salas de 8 jueces, de acuerdo con el artículo 94 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana y el §2 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, mientras que la duración de sus mandatos es de 12 años y no son susceptibles de reelección²⁹⁷. En palabras de Favoreu, “*la media de edad, en cambio, es menos elevada y no sin razón: los jueces son designados para un mandato de doce años, pero el límite de edad se fija en sesenta y ocho cumplidos. El mandato no es renovable y sólo la asamblea plenaria del Tribunal puede autorizar la jubilación anticipada o una destitución en caso de faltar gravemente a*

297 El artículo 94 de la Ley Fundamental para la República Federal Alemana, establece: “*El Tribunal Constitucional Federal estará compuesto por jueces federales y otros miembros. Los miembros del Tribunal Constitucional Federal serán elegidos por mitades por el Parlamento Federal y el Consejo Federal. No podrán, sin embargo, pertenecer al Parlamento Federal, al Consejo, Federal, al Gobierno Federal ni a órganos equivalentes de Estado alguno. Una ley federal regulará la composición y el procedimiento del tribunal y determinará en qué casos sus decisiones tendrán fuerza de ley. Dicha ley podrá disponer que para los recursos constitucionales sea condición necesaria el agotamiento previo de la vía de la apelación, así como prever un procedimiento especial de recepción de los asuntos*”.

Por su parte, el §2 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, dispone:

“§2

(1) *El Tribunal Constitucional está compuesto por dos salas.*

(2) *En cada sala se eligen ocho jueces.*

(3) *Tres de los jueces de cada sala serán elegidos de entre los jueces de los altos tribunales de Federación. Serán elegibles aquellos jueces que hayan ocupado el cargo por lo menos durante tres años en uno de los tribunales de la Federación*”.

sus deberes o de actos que hayan implicado una pena privativa de la libertad de más de seis meses”²⁹⁸.

Además, se exige a los jueces constitucionales haber cumplido los 40 años de edad y no pueden compatibilizar su actividad jurisdiccional con ninguna otra actividad profesional que no sea la de profesor en Derecho en una universidad alemana²⁹⁹. Cabe mencionar que en el sistema alemán sólo se puede declarar la inconstitucionalidad de una disposición con la mayoría de sus miembros, de modo que en caso de empate se considera que la norma no es incompatible con la Ley Fundamental³⁰⁰. De igual modo, existe la posibilidad por parte de los jueces constitucionales de realizar votos particulares, a diferencia del caso italiano o el francés, donde los jueces constitucionales no tienen esa facultad. Sobre el particular, bien se podría cuestionar si esa limitación lesiona el principio de independencia; en

298 Ver Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, op. cit., págs. 65 y 66.

299 Véase Häberle, P., El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania, en el Derecho de amparo en el mundo, coordinadores Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-gregor, E., op. cit., pág. 699.

300 Sobre el particular, el §15(4) de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal, dispone:

“En un proceso de conformidad con el § 13 num. 1, 2, 4 y 9, la decisión negativa en contra del peticionario requiere en todo caso de una mayoría de dos tercios de los miembros de la sala. En lo restante decide la mayoría de los miembros de la sala que toman la decisión, siempre y cuando la ley no determine otra cosa. En caso de empate no se podrá declarar una violación en contra de la Ley Fundamental o de otra norma del derecho federal”.

todo caso, este tema produce profundas reflexiones las cuales exceden el objeto de esta investigación.

Así, en el caso alemán, el voto particular acompaña a la decisión del Tribunal y es publicado en la compilación de las sentencias del Tribunal Constitucional Federal, con la indicación del juez que lo formuló aún cuando carezca de cualquier eficacia jurídica. Asimismo, el juez disidente puede expresar el contenido esencial de su voto en el momento en que se produzca la lectura pública de la sentencia³⁰¹, todo lo cual sin duda refuerza su independencia como integrante del Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que sucede en el caso italiano³⁰².

301 Véase Rescigno, F., La Justicia Constitucional en Alemania, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit., pág. 60. Sobre el particular, agrega la autora que: *"La regulación del Sondervotum prevé que todo juez que durante la discusión de un caso esté en desacuerdo con la mayoría avise de inmediato a la Sala y que una vez que la sentencia haya sido definitivamente redactada, haga regar al Presidente su voto particular en un plazo (ampliable) de tres semanas"*.

302 Sobre el particular, se ha argumentado que la Corte de Constitucionalidad Italiana más bien se caracteriza por la más amplia Colegialidad (en detrimento de la independencia de los jueces que la componen, individualmente considerados); de ahí que: *"El Presidente de la Corte asigna cada cuestión que llega a ésta a un juez ponente, que lleva a cabo la fase de instrucción a puerta cerrada o en audiencia pública, de acuerdo a la importancia de la cuestión. La decisión es adoptada por el Colegio por mayoría, sin que esté prevista la posibilidad de presentar votos particulares"*. Véase Celotto, A., y Groppi, T., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit, pág. 84.

Cabe mencionar que el Presidente y el Vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal Alemán son elegidos por el *Bundestag* y el *Bundesrat*, quienes deben ser escogidos entre los jueces que integran el Tribunal. Así, cada Cámara normalmente elige a uno de los dos, aunque se puede dar el caso que por razones de alternancia de los sujetos le corresponda a la misma Asamblea o Cámaras escogerlos³⁰³.

Además, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, de acuerdo con Favoreu, goza de una autonomía en el plano administrativo y financiero, y no depende del Ministerio de Justicia para su personal; *“su presupuesto está diferenciado del de los demás órganos constitucionales. Conforme a la tradición alemana según la cual “las jurisdicciones supremas no tienen su sede en la misma ciudad que las Asambleas del Gobierno” (Béguin), el Tribunal constitucional radica en Karlsruhe”*³⁰⁴. De ahí que el *Bundesverfassungsgericht* puede ser definido como un órgano jurisdiccional y constitucional, en el sentido que forma parte de la organización del Poder Judicial (junto a los tribunales federales previstos por la *Grundgesetz* y a los tribunales de los *Länder*) y desarrolla actividad jurisdiccional, pero está dotado de una estructura organizativa más autónoma con respecto a los demás tribunales y que lo coloca en el nivel o

303 Ver Rescigno, F., La Justicia Constitucional en Alemania, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit., pág. 59.

304 Véase Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, op. cit., pág. 66.

en el ámbito de los demás Órganos Constitucionales, con respecto a los cuales (como se ha dicho) goza de independencia y autonomía³⁰⁵.

Por su parte, *la Corte de Constitucionalidad Italiana*, según el artículo 135 del Texto Constitucional³⁰⁶, está integrado por 15 jueces que son designados por un período de 9 años, sin posibilidad de reelección. También establece esta norma que el cargo de Magistrado de la Corte es incompatible con el de miembro del Parlamento, un Consejo Regional, con

305 Ver Rescigno, F., La Justicia Constitucional en Alemania, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit., pág. 60

306 Esta norma establece:

Artículo 135.- El Tribunal Constitucional estará compuesto de quince jueces nombrados en un tercio por el Presidente de la Republica, en otro tercio por el Parlamento en sesión conjunta y en el tercio restante por las supremas magistraturas ordinaria y administrativas.

Los magistrados del Tribunal Constitucional serán escogidos entre los magistrados, incluso los jubilados de las jurisdicciones superiores ordinaria y administrativas, los catedráticos titulares de día del juramento, y no podrán ser nuevamente designados.

A la expiración de su período de mandato, cada magistrado constitucional cesará en el cargo y en el ejercicio de sus funciones.

El Tribunal elegirá entre sus componentes, con arreglo a lo dispuesto por la ley, a su Presidente, quien permanecerá en el cargo por un trienio y será reelegible, sin perjuicio en todo caso de los términos de expiración del cargo de juez.

El cargo de magistrado del Tribunal será incompatible con el de miembro del Parlamento o de un Consejo Regional, con el ejercicio de la profesión de abogado y con cualquier cargo y puesto determinados por la ley.

En los juicios de acusación contra el Presidente de la Republica y contra los Ministros intervendrán, además de los vocales ordinarios del Tribunal, 16 (dieciséis) miembros elegidos a la suerte por un colegio de ciudadanos que reúnan los requisitos para ser elegido senador y que el Parlamento designara cada nueve años mediante elección con las mismas formalidades que las establecidas para el nombramiento de los magistrados ordinarios”.

el ejercicio de la profesión de abogado, y cualquier otro cargo que designe la ley.

Cabe mencionar que en *el sistema italiano* la neutralidad de la *Corte Costituzionale* se consigue, de acuerdo con Pegoraro, atribuyendo al Parlamento en sesión conjunta con mayoría cualificada la facultad de designar un tercio de sus quince jueces, en tanto que otro tercio le corresponde al Presidente de la República y el resto es elegido por las magistraturas supremas³⁰⁷.

Sobre el particular, Favoreu advierte que el mandato de los jueces, “*que al principio era de doce años, se fijó en nueve en 1967. Dicho mandato no renovable, es incompatible con el ejercicio de cualquier actividad (política, profesional o incluso docente). Los jueces se benefician de las mismas inmunidades que los parlamentarios: no pueden ser perseguidos o cesados de sus funciones más que por decisión del propio Tribunal. A diferencia de Austria o Alemania, no existe límite de edad y, en consecuencia, puede haber jueces relativamente ancianos*”³⁰⁸.

307 Ver Pegoraro, L., La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada, Dykinson, S. L., Madrid, 2004, pág. 97.

308 Véase Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, op. cit., pág. 87.

Como se expuso con anterioridad, aunque en este sistema se puede declarar la inconstitucionalidad de una norma con la simple mayoría de sus miembros, sus jueces constitucionales no tienen la posibilidad de consignar sus votos particulares, de ahí que los pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad son unívocos de cara a los ciudadanos. Es evidente que en este sistema se afecta la independencia de los jueces en el sentido de consignar sus votos particulares, aunque desde el punto de vista político, la imposibilidad de esbozar dichos criterios minoritarios hace que los fallos de la *Corte de Constitucionalidad* posean mayor legitimación de cara a la ciudadanía. Es decir, una legitimación que se traduce en un mayor poder de convencimiento con respecto a los razonamientos y a los argumentos empleados por la *Corte de Constitucionalidad* a la hora de resolver sobre un punto concreto o determinado, pues no existe una visión distinta “*oficial*” por parte de los Magistrados que hubiesen compartido ese criterio. Una pregunta que se puede formular sobre el particular es qué medida la imposibilidad de emitir los votos particulares hace que las líneas jurisprudenciales de las Cortes Constitucionales sean, no tanto uniformes, sino estáticas, no en vano se ha comentado que los votos particulares o minoritarios del presente serán los mayoritarios del mañana. Toda esta reflexión genera gran cantidad de interrogantes y de futuras investigaciones, sobre las cuales no es posible detenernos en esta ocasión.

Es distinto el caso del *Tribunal Constitucional Español*, en el cual los jueces constitucionales sí tienen la posibilidad de salvar su voto y expresar los motivos por los cuales no comparten las razones de su mayoría. Además, se ha atribuido al Presidente de este Órgano Jurisdiccional un voto de calidad para resolver la disputa entre sus miembros, si no existe acuerdo sobre la inconstitucionalidad de una disposición³⁰⁹. Es claro que en estas situaciones la carga política de las decisiones del Tribunal las asume el Presidente, pues su voto define el criterio del Tribunal Constitucional. Lo ideal sería reformar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para despojar a su Presidente del voto aludido y disponer que en caso de empate entre los miembros del Órgano Jurisdiccional, se deba tener por negada la pretensión del actor o del recurrente.

Ahora bien, entre las sentencias que el Tribunal Constitucional ha resuelto mediante la utilización del voto de calidad (sin la intensión de

309 Sobre lo anterior, el artículo 90 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone:

Artículo noventa

1. *Salvo en los casos para los que esta Ley establece otros requisitos, las decisiones se adoptarán por la mayoría de los miembros del Pleno, Sala o Sección que participen en la deliberación. En caso de empate, decidirá el voto del Presidente.*

2. *El Presidente y los Magistrados del Tribunal podrán reflejar en voto particular su opinión discrepante, siempre que haya sido defendida en la deliberación, tanto por lo que se refiere a la decisión como a la fundamentación. Los votos particulares se incorporarán a la resolución y cuando se trate de sentencias, autos o declaraciones se publicarán con éstas en el "Boletín Oficial del Estado".*

realizar una revisión exhaustiva, lo que desborda los fines de esta investigación) es posible mencionar las siguientes decisiones: STC 111/1983 (con respecto a las empresas RUMASA) y STC 53/1985 (despenalización del aborto), todas las cuales han generado bastante polémica. Pero también ha sido utilizado el voto de calidad del Presidente en los siguientes casos: STC 75/1983 o STC 127/1994. Además, en la Sala Segunda se dio el voto de calidad en la STC 27/1996, de 15 de febrero.

En todo caso, y mientras no sea reformado el artículo 90.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el conflicto político en cuanto al voto de calidad que ostenta el Presidente del Tribunal Constitucional para decidir un asunto determinado sigue latente, de ahí que lo ideal sería (desde nuestro punto de vista) modificar esa disposición, para que en caso de empate se desestime la pretensión del recurrente, o de quien ha solicitado la intervención o el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

El *Tribunal Constitucional Español* está integrado por doce miembros nombrados por el Rey, cuatro de ellos designados a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros, cuatro por el Senado, con idéntica mayoría, dos por iniciativa del Gobierno y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial. De este modo, en este sistema los

jueces constitucionales son escogidos por un período de nueve años y el cargo resulta incompatible con todo mandato representativo, con los cargos políticos y administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato, y con el empleo al servicio de los mismos: con el ejercicio de las carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil, entre otras, de acuerdo con el artículo 159 de la Constitución Española de 1978.

Cabe mencionar que para las primeras composiciones del Tribunal se previó la práctica bastante curiosa de echar suertes a las series objeto de renovación cada tres años y con posterioridad de seis. De esta forma, “*en 1983 todos los miembros designados por los diputados fueron sometidos a renovación*”.³¹⁰

En lo que toca al diseño de *la Sala Constitucional Costarricense*, es una de las cuatro que integra la Corte Suprema de Justicia, y está conformada por 7 magistrados propietarios y 14 suplentes³¹¹, a quienes les corresponde, por mayoría absoluta de sus miembros, declarar la inconstitucionalidad de las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos que violan el Derecho de

310 Véase Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, op. cit., pág. 66.

311 En este sentido, del artículo 4º de la Ley de la Jurisdicción Constitucional se ha interpretado la obligación de que este Tribunal se integre, al menos, con cuatro de sus miembros propietarios, salvo el supuesto de que en la votación de un asunto particular se encuentren inhibidos o recusados la mayoría de ellos.

la Constitución o los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República. En la actualidad se discuten varias alternativas de reformas a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, y a la Sala, con el fin de mejorar la manera en que realiza sus competencias y sus atribuciones legales y constitucionales. Es claro que tras 20 años de funcionamiento de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, y aunque ha sido muy exitosa en realidad la actividad desplegada por el Tribunal Constitucional costarricense como intérprete último de los preceptos constitucionales (así como en su labor de tutela de los derechos fundamentales de los individuos) la doctrina costarricense ha advertido y, con acierto, algunas consecuencias negativas del acceso a la justicia constitucional. Sobre el particular, Castillo Víquez ha enumerado los siguientes problemas: la sobrecarga de trabajo de los Magistrados y de sus colaboradores, la jurisprudencia cambiante y contradictoria, la lesión al principio de seguridad jurídica, la invasión de competencias de otras jurisdicciones, y la ejecución de sus sentencias³¹².

Por lo anterior, en alguna ocasión se defendió la idea de implementar los Tribunales de Garantías Constitucionales, que debían conocer los procesos de garantía de los derechos fundamentales, de tal modo que la Sala

312 Véase Castillo Víquez, F., La protección de los derechos fundamentales en la Jurisdicción Constitucional y sus vicisitudes, op. cit. pág. 241-286.

Constitucional asumiera con exclusividad las cuestiones de inconstitucionalidad, así como los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales. Una propuesta más reciente es el proyecto de “*Reforma al Artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional*” (que se discute en el expediente legislativo N°16.791), en que se pretende duplicar la capacidad de la Sala Constitucional para resolver los recursos de amparo y de habeas corpus. En este proyecto se propone dividir la Sala en dos secciones, cada una integrada por tres Magistrados, quienes resolverán los procesos de amparo y de habeas corpus. De esta forma, el pleno del Tribunal Constitucional tendrá la competencia para la resolución de los procesos relativos al control de constitucionalidad, es decir, las acciones y consultas legislativas y judiciales, así como para conocer (en forma excepcional) aquellos asuntos en que exista jurisprudencia contradictoria entre ambas secciones. Pero también se propone un recurso de apelación ante el pleno de la Sala Constitucional, bajo supuestos muy calificados, contra ciertas decisiones de cada sección³¹³.

313 Así, el texto del artículo 4° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sería el siguiente: “*Artículo 4.- La jurisdicción constitucional se ejerce por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia establecida en el artículo 10 de la Constitución Política. La Sala Constitucional está formada por siete magistrados propietarios y doce suplentes, todos elegidos por la Asamblea Legislativa en la forma prevista por la Constitución. Su régimen orgánico y disciplinario es el que se establece en la presente y en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Sala Constitucional estará dividida en dos secciones, con competencia exclusiva para resolver los recursos de amparo y de habeas corpus. El pleno de la Sala Constitucional estará integrado por su presidente y por los otros seis magistrados y resolverá los recursos*

Otra propuesta ha sido planteada recientemente por Villalobos Fallas³¹⁴, que toma en consideración la cantidad de asuntos que conoce la Sala Constitucional: lo que se propone es reducir el número de casos que debe instruir cada Magistrado del Tribunal Constitucional y, por ello, lo más sencillo sería aumentar el número de sus integrantes, o establecer un Tribunal independiente, separado del poder judicial, que sea integrado con quince Magistrados. Dicho órgano debería funcionar en dos Cámaras de siete miembros cada una, con el fin de conocer los recursos de amparo y hábeas corpus que sean interpuestos, en tanto que al pleno le corresponderían las cuestiones de constitucionalidad. También propone la autora el establecimiento de garantías presupuestarias a favor del Tribunal, la posibilidad de rechazar de plano determinados asuntos (sobre los cuales existe jurisprudencia reiterada) con una resolución de la Presidencia del

de inconstitucionalidad y las consultas de constitucionalidad. También resolverá, en apelación, los recursos de amparo y de habeas corpus cuando haya jurisprudencia manifiestamente divergente y reiterada entre las dos secciones de la Sala Constitucional. Las decisiones que tome el pleno de la Sala Constitucional para resolver las divergencias serán vinculantes para ambas secciones. La Sala Constitucional emitirá su propio reglamento interno para distribuir entre las dos secciones los recursos de amparo y de habeas corpus. La Sala Constitucional no está sometida al plan de vacaciones establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en consecuencia, fijará las fechas en que sus miembros tomarán vacaciones, de manera que haya siempre una mayoría de magistrados propietarios. Si la audiencia de propietarios fuere por licencia, se aplicará la regla anterior, excepto en los caso de enfermedad o de otro motivo justo”.

314 Véase Villalobos Fallas, Reforma a la Jurisdicción Constitucional, Tesis de grado para optar al título de Licenciado en Derecho, inédita, Universidad de Costa Rica, 2009, pág. 173-179.

Tribunal, eliminar la figura de los Magistrados suplentes y que cada Cámara pueda funcionar con un quórum de cinco; así como la imposibilidad de entablar recurso alguno contra las decisiones de cada Cámara. Finalmente, la misma autora plantea reforzar la ejecución de las sentencias de la Sala Constitucional, lo cual nos conduce al nombramiento o la designación de jueces de ejecución de sentencias.

Aunque es necesaria y urgente la aplicación de alguna de las anteriores propuestas de reformas a la Jurisdicción Constitucional, no se aprecia ningún consenso político para su implementación, pese a que el circulante de asuntos que conoce la Sala Constitucional aumenta proporcionalmente todos los días y, con ellos, los problemas que se han comentado con respecto al funcionamiento del Tribunal.

Sección II. En el control de constitucionalidad.

En esta sección serán examinadas las competencias de los tribunales constitucionales relativas al control de constitucionalidad sobre los actos y las omisiones de los poderes públicos que desconocen el Derecho de la Constitución. También se examinará en esta ocasión la posibilidad de estos

Órganos Jurisdiccionales de utilizar estas vías para tener por derogadas las normas preconstitucionales que se oponen a la Constitución.

Así, en lo que toca al *Tribunal Constitucional Federal Alemán*, sus competencias para defender la supremacía constitucional están previstas en la Ley Fundamental para la República Federal Alemana y en la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal. De esta forma, la primera distingue entre el control concreto (*konkrete Normenkontrolle*) y el control abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*) de constitucionalidad. En ambos asuntos se utiliza la Constitución, como norma suprema del ordenamiento jurídico alemán, para examinar la regularidad constitucional de todo el sistema normativo³¹⁵.

Así, en el primer caso, el control concreto de constitucionalidad se plantea en aquellos casos en que el juez ordinario es competente para verificar la inconstitucionalidad de una norma, pero no para expulsarla del ordenamiento. En este supuesto, si el juez considera que la norma que ha de aplicar para resolver un asunto es inconstitucional y no es susceptible de una interpretación de conformidad con la Constitución, debe entonces formular la consulta ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán para que sea aquel quien decida sobre la validez de esa disposición. En este caso, el

315 Ver Córdoba, G. E., El Control Abstracto de Constitucionalidad en Alemania, Fundación Konrad -Adenauer- Stiftung; Buenos Aires, 2003, pág. 27.

pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la norma que ha enjuiciado tiene, en el supuesto en que efectivamente determine su irregularidad constitucional, los mismos efectos que con motivo del control abstracto de constitucionalidad, razón por la cual la norma es expulsada del ordenamiento jurídico con efectos erga omnes, a partir del momento en que había nacido a la vida jurídica.

De otro lado, el control abstracto de constitucionalidad se caracteriza porque se produce con independencia de todo o cualquier conflicto jurídico, de ahí que únicamente tiene por fin valorar la conformidad de una norma jurídica con respecto al Texto Fundamental. De esta manera, en ese sistema el Gobierno federal, el Gobierno de un *Land* o un tercio de los miembros del *Bundestag* (el Parlamento Federal) gozan de legitimación para instaurar el control abstracto de constitucionalidad sin limitación de plazo. En tales casos, si el Tribunal Constitucional Federal Alemán determina que la disposición impugnada es incompatible frente al contenido de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, declara entonces su nulidad, de acuerdo con el §78 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán³¹⁶. Cabe

316 El §78 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, estipula: *"Si el Tribunal Constitucional Federal llega a la convicción que el derecho federal es incompatible con la Ley Fundamental o el derecho del Estado, u otro derecho federal, entonces declarará la nulidad de la ley. Si otras disposiciones de la misma ley son incompatibles con la Ley*

mencionar que *el Tribunal Constitucional Federal Alemán*, según se desarrollará en el Capítulo siguiente, sostiene dos criterios distintos con respecto a las normas preconstitucionales, tratándose del control concreto o abstracto de constitucionalidad. De esta manera, únicamente en el control concreto se ha admitido la posibilidad de los tribunales ordinarios de tener por derogadas las normas preconstitucionales que se oponen a la Ley Fundamental, pese a que está dotada de fuerza normativa y, por ello, deroga todo el derecho anterior que se le opone. En el control abstracto, por el contrario, se ha reconocido la competencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán para enjuiciar en términos de validez las normas preconstitucionales, pese al contenido de la cláusula de derogatoria general que se establece en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949, así como por la normatividad de la misma Constitución, sobre lo cual ya hemos hablado en los capítulos previos de esta investigación.

Por su parte, en *el sistema de justicia constitucional italiano*, se ha diferenciado entre el control a priori y el sucesivo de constitucionalidad. El primer tipo de control, como es sabido, se produce con anterioridad a la entrada en vigencia de la normativa en cuestión, a instancias del Gobierno

Fundamental u otro derecho federal, entonces el Tribunal Constitucional Federal podrá igualmente declararlas nulas”.

contra leyes de las regiones, de acuerdo con el artículo 127 de la Constitución Italiana de 1947³¹⁷. De otro lado, en el control a posteriori o sucesivo de constitucionalidad (es decir, cuando la norma jurídica ha entrado en vigencia) podemos a su vez encontrar dos vías: una abstracta (*vía principale*) y otra concreta (*vía incidentale*).

De esta forma, la segunda vía (la incidental) comparte las notas distintivas del control concreto alemán o de la cuestión de constitucionalidad español, en la medida en que se refiere a la posibilidad del juez ordinario de plantear la “consulta” a la Corte Constitucional cuando tenga dudas fundadas sobre la conformidad a la Constitución de las leyes que hay de tener en cuenta para resolver un conflicto de intereses determinado. Entr tanto, la vía abstracta puede ser planteada en los términos del artículo 137 de la Constitución de la República Italiana³¹⁸. Es

317 En lo que interesa, el artículo 127 de la Constitución Italiana de 1927 dispone: «Quando el Gobierno de la Republica considere que una ley aprobada por el Consejo Regional excede de la competencia de la Region o se opone a los intereses nacionales o a los de otras Region, la devolvera al Consejo Regional en el plazo senalado para el visado. Si el Consejo Regional aprueba la ley de nuevo por mayoria absoluta de sus componentes, el Gobierno de la Republica podra, dentro de los quince dias siguientes a la notificacion, suscitar la cuestion de legitimidad ante el Tribunal Constitucional, o la de oportunidad por oposicion de intereses ante las Camaras. En caso de duda, el Tribunal resolvera de quien es la competencia”

318 El artículo 137 de la Constitución de la República Italiana estipula: “Una ley constitucional establecerá las condiciones, las formas, los plazos de interposición de los recursos de legitimidad constitucional y las garantías de independencia de los magistrados

claro que en ambas vías *la Corte de Constitucionalidad Italiana* podría tener por derogada la norma preconstitucional que se opone a la Constitución. Sin embargo, y como se ha desarrollado con anterioridad, en ese sistema de justicia constitucional (desde la primera sentencia de la Corte de Constitucionalidad, dictada en el mes de junio de 1956) se ha elaborado la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida y se ha sometido al control de constitucionalidad y al juicio de invalidez los preceptos preconstitucionales, pese a los alcances del reconocimiento del Texto Fundamental como norma jurídica dotada de coercitividad.

Finalmente, es preciso mencionar con respecto al sistema italiano que el control de constitucionalidad de los actos legislativos constituye la principal competencia de la Corte de Constitucionalidad, no sólo porque supone la razón principal por la cual dicho órgano ha sido elaborado, sino también porque estadísticamente es el que más incide en el volumen de trabajo de la Corte. Así, de acuerdo con Alfonso Celotto y Tania Gropi, *“basta pensar que en promedio, cada año, la Corte dicta alrededor de 500 decisiones (para ser precisos, por ejemplo, 471 en 1999, 592 en 2000, 447 en 2001, 536 en 2002 y 382 en el año 2003), de las cuales aproximadamente el 85% se pronuncian en*

del Tribunal. Se establecerán por ley ordinaria las demás normas necesarias para la constitución y el funcionamiento del Tribunal. Contra las decisiones del Tribunal Constitucional no se dará apelación”.

procesos de constitucionalidad, con grandísima predominancia de los juicios que se producen en vía incidental (alrededor del 80% del total) y una presencia marginal de los juicios en vía principal (en promedio, el 5% del total)”³¹⁹.

Ahora bien, en lo que atañe *al sistema de justicia constitucional español*, tanto la Constitución Española de 1978, cuanto la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional han previsto diversos procedimientos y mecanismos mediante los cuales el Tribunal Constitucional realiza no sólo las funciones relativas a la justicia constitucional, sino también la interpretación última y privilegiada de los preceptos constitucionales. A continuación analizaremos los más importantes; es decir, el recurso de inconstitucionalidad, que hace las veces de un control abstracto, y la cuestión de constitucionalidad que comparte a grandes rasgos las notas características del control concreto alemán y de la vía incidental italiana. Lo anterior, sin soslayar la existencia de un control previo de constitucionalidad que normalmente se ha promovido frente a los tratados internacionales, como lo veremos más adelante.

Así, el recurso de inconstitucionalidad es una vía abstracta por medio de la cual el Tribunal Constitucional Español conoce acerca de la

319 Véase Celotto, A., y Groppi, T., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit, págs. 85-86.

regularidad constitucional de una norma jurídica con rango de ley, con independencia de su aplicación en un determinado proceso jurisdiccional. En lo que atañe a la legitimación para promover el recurso de constitucionalidad, la doctrina ha comentado: *“en sintonía con la naturaleza de este proceso, ideado para la defensa objetiva del orden constitucional, la legitimación activa se atribuye exclusivamente a órganos o fracciones de órganos, en razón de su status constitucional y, por tanto, al margen de cualquier pretensión subjetiva o interés propio. Como se declaró en la STC 5/1981, la facultad de promover el recurso de inconstitucionalidad no la otorga la Constitución en atención a un interés propio de quienes la reciben, sino en virtud de la alta calificación política que resulta de su respectivo cometido constitucional”*³²⁰. De esta manera, gozan de legitimación para plantear el recurso de inconstitucionalidad el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso las Asambleas de las mismas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 162.1 a) de la Constitución Española³²¹. Cabe mencionar que el recurso de inconstitucionalidad, a

320 Véase Caamaño Domínguez, F., y otros, Jurisdicción y Procesos Constitucionales, McGraw-Hill, Madrid, 2000, pág. 25.

321 El artículo 162 de la Constitución Española dispone:

¶1. *Están legitimados:*

a) *Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta Diputados, cincuenta Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas.*

diferencia del control abstracto alemán, solo puede ser planteado dentro de los tres meses siguientes a partir de su publicación oficial (con alguna excepción), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Ahora bien, el control concreto de constitucionalidad ha sido previsto en el artículo 163 de la Constitución Española³²², en cuya razón el juez ordinario, habida cuenta de su sujeción a la ley y de su obligación de aplicarla, así como de interpretarla de acuerdo con la Constitución como norma suprema del ordenamiento, si estima que esa disposición con rango de ley es inconstitucional, *“se le abre la posibilidad de interponer una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, con el fin de que éste decida, mediante un juicio abstracto entre normas, en virtud de su competencia exclusiva para*

b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

2. En los demás casos, la Ley orgánica determinara las personas y órganos legitimados”

322 El artículo 163 de la Constitución Española de 1978 estipula:

“Artículo 163.

Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de Ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteara la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la Ley, que en ningún caso serán suspensivos.”

declarar la inconstitucionalidad de las leyes”³²³, si esa disposición se adecua o no con el contenido de la Norma Fundamental.

Es claro que este procedimiento de la cuestión de inconstitucionalidad, siguiendo a Carrillo López, ha sido una vía a través de la cual la jurisdicción ordinaria se ha comprometido, con mayor o menor acierto, en el juicio de constitucionalidad de las disposiciones legislativas. En palabras del autor: “*si bien, el monopolio de esta función corresponde a la jurisdicción constitucional, es lo cierto que a través del incidente de inconstitucionalidad del artículo 163 CE, los jueces y tribunales ordinarios disponen de un cauce de participación no decisoria y de colaboración con el juicio de constitucionalidad sobre la ley que lleva a cabo el Tribunal Constitucional*”³²⁴.

De otro parte, en el sistema de justicia constitucional español se ha conferido al Tribunal Constitucional la competencia para realizar el control previo de constitucionalidad sobre los tratados internacionales, si así lo pide el Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras, de acuerdo con el artículo 78 de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre³²⁵ y sus reformas. En todos los

323 Molas, I., Derecho Constitucional, op. cit., pág. 238.

324 Ver Carrillo, M., Jurisprudencia constitucional y tribunales ordinarios, en 50 años de Corte Constitucional Italiana, 25 años de Tribunal Constitucional Español, IV Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional, op. cit., pág. 304.

325 Esta norma dispone:

“Artículo setenta y ocho

supuestos anteriores, el Tribunal Constitucional Español goza de la competencia para tener por derogada la norma preconstitucional que se opone a la Constitución, justamente a partir del reconocimiento de su fuerza normativa. Pero esta competencia también es compartida por los tribunales ordinarios, justamente al determinar cuál es el derecho aplicable para resolver un determinado conflicto de intereses, derogándose entonces y si es del caso los preceptos preconstitucionales que son incompatibles frente a la Constitución. Sin embargo, hemos visto que este criterio no ha sido compartido por el Tribunal Constitucional Español en sus decisiones, pese a la rotunda claridad del voto particular de Rubio Llorente, acerca de la imposibilidad de confundir el efecto derogatorio y el control de constitucionalidad de una norma jurídica, así como su examen de vigencia y

1. El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un Tratado Internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.

2. Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 95 de la Constitución, tendrá carácter vinculante.

3. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta días”

validez, como ciertamente se ha realizado en la implementación de la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida, de acuerdo con la Corte de Constitucionalidad Italiana.

En Costa Rica, por su parte, el control concentrado de constitucionalidad con respecto de las normas vigentes, o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas, lo desarrolla *la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia* de manera preventiva, a priori, y en lo sucesivo, a posteriori, según se desprende de las diversas disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional. De esta forma, en la hipótesis del control a posteriori, o en lo sucesivo, *la Sala Constitucional* lo efectúa a través de las consultas judiciales de constitucionalidad y en la acción de inconstitucionalidad. Las primeras están reguladas en los artículos 102 a 106 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en que se atribuye al Juez la facultad de plantear la consulta en aquellos casos en que tuviere dudas fundadas sobre la constitucionalidad de una norma o acto que deba aplicar, o de un acto, conducta u omisión que deba juzgar en un caso sometido a su conocimiento. En estos casos, la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional produce los mismos efectos que los de una acción. Además, en el párrafo 2º del artículo 102 ídem se establece la consulta judicial preceptiva, cuando se requiera resolver los recursos de revisión a que se

refiere el artículo 42 de la Constitución Política, fundados en una alegada violación de los principios del debido proceso o de los derechos de audiencia o defensa; pero esto solamente para los efectos de que la Sala Constitucional defina el contenido, condiciones y alcances de tales principios o derechos, sin calificar ni valorar las circunstancias del caso concreto que motiva el respectivo recurso. De otro lado, el objeto de las acciones de inconstitucionalidad ha sido previsto en el artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional³²⁶, en tanto que en el 74 ídem se niega la

326 El artículo 73 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional establece:

"Cabrará la acción de inconstitucionalidad:

a) Contra las leyes y otras disposiciones generales, incluso las originadas en actos de sujetos privados, que infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional.

b) Contra los actos subjetivos de las autoridades públicas, cuando infrinjan, por acción u omisión, alguna norma o principio constitucional, si no fueren susceptibles de los recursos de hábeas corpus o de amparo.

c) Cuando en la formación de las leyes o acuerdos legislativos se viole algún requisito o trámite sustancial previsto en la Constitución o, en su caso, establecido en el Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa.

ch) Cuando se apruebe una reforma constitucional con violación de normas constitucionales de procedimiento.

d) Cuando alguna ley o disposición general infrinja el artículo 7º, párrafo primero, de la Constitución, por oponerse a un tratado público o convenio internacional.

e) Cuando en la suscripción, aprobación o ratificación de los convenios o tratados internacionales, o en su contenido o efectos se haya infringido una norma o principio constitucional o, en su caso, del Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa. En este evento, la declaratoria se hará solamente para los efectos de que se interpreten y apliquen en armonía con la Constitución o, si su contradicción con ella resultare insalvable, se ordene su desaplicación con efectos generales y se proceda a su denuncia.

f) Contra la inercia, las omisiones y las abstenciones de las autoridades públicas."

posibilidad de entablar una acción de contra los actos jurisdiccionales del Poder Judicial ni contra los actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones, aunque a modo de interpretación se ha entendido que es procedente contra la Jurisprudencia reiterada de los Tribunales de Justicia³²⁷. Por su parte, la legitimación para interponer la acción de inconstitucionalidad se debe observar el artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional³²⁸. En este sentido, si la Sala Constitucional considera al resolver la acción que la norma impugnada es inconstitucional bien puede expulsar del ordenamiento con efectos *ex tunc, declarativos y retroactivos*, sin embargo, también está facultada para dimensionar en el tiempo los alcances de la declaratoria de inconstitucionalidad, si así lo requiere el asunto que se trate³²⁹.

327 Sobre el particular, se puede ver la sentencia No. 3180-93 de 6 de julio.

328 El artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula:

"Para interponer la acción de inconstitucionalidad es necesario que exista un asunto pendiente de resolver ante los tribunales, inclusive de hábeas corpus o de amparo, o en el procedimiento para agotar la vía administrativa, en que se invoque esa inconstitucionalidad como medio razonable de amparar el derecho o interés que se considera lesionado.

No será necesario el caso previo pendiente de resolución cuando por la naturaleza del asunto no exista lesión individual y directa, o se trate de la defensa de intereses difusos, o que atañen a la colectividad en su conjunto.

Tampoco la necesitarán el Contralor General de la República, el Procurador General de la República, el Fiscal General de la República y el Defensor de los Habitantes.

En los casos de los dos párrafos anteriores, interpuesta la acción se seguirán los trámites señalados en los artículos siguientes, en lo que fueren compatibles".

329 Sobre el particular, el artículo 93 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional estipula:

De otra parte, en el control preventivo el ordenamiento distingue entre las consultas legislativas preceptivas, las legislativas facultativas, y el veto por razones de constitucionalidad. Las primeras se producen en los casos que enuncia la Constitución en su artículo 10: los proyectos de reforma constitucional y de aprobación de convenios o tratados internacionales; y la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el inciso a) del artículo 96³³⁰, que establece la obligación de plantear la consulta en los

“Artículo 93.- La disposición contenida en el artículo 91 no se aplicará respecto de aquellas relaciones o situaciones jurídicas que se hubieren consolidado por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación en los hechos, cuando éstos fueren material o técnicamente irreversibles, o cuando su reversión afecte seriamente derechos adquiridos de buena fe; todo lo anterior sin perjuicio de las potestades de la Sala, de conformidad con dicho artículo.”

330 El artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley N°7531 de 11 de octubre de 1989, dispone:

“Artículo 96.- Por la vía de la consulta de constitucionalidad, la jurisdicción constitucional ejercerá la opinión consultiva previa sobre los proyectos legislativos, en los siguientes supuestos:

a) Preceptivamente, cuando se trate de proyectos de reformas constitucionales, o de reformas a la presente Ley, así como de los tendientes a la aprobación de convenios o tratados internacionales, inclusive las reservas hechas o propuestas a unos u otros.

b) Respecto de cualesquiera otros proyectos de ley, de la aprobación legislativa de actos o contratos administrativos, o de reformas al Reglamento de Orden, Dirección y Disciplina Interior de la Asamblea Legislativa, cuando la consulta se presente por un número no menor de diez diputados.

c) Cuando lo soliciten la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Supremo de Elecciones o la Contraloría General de la República, si se tratara de proyectos de ley o de mociones incorporadas a ellos, en cuya tramitación, contenido o efectos estimaren como

supuestos en que se pretende reformar esa ley. Las segundas, en cambio, pueden ser presentadas por un número no menor de diez diputados, con respeto de cualquier otro proyecto de ley, incluyendo las reformas al Reglamento de la Asamblea Legislativa. Sobre el particular, la Ley de la Jurisdicción Constitucional también concede legitimación para entablar la consulta a la Corte Suprema de Justicia, al Tribunal Supremo de Elecciones, a la Contraloría General de la República y al Defensor de los Habitantes, si se trata de proyectos de ley referidos a sus materias. En tales casos, la *Sala Constitucional* emite un dictamen o una opinión consultiva que resulta vinculante en cuanto establezca la existencia de trámites inconstitucionales del proyecto consultado, sin perjuicio que las cuestiones de fondo sean impugnadas nuevamente por las otras vías de control de constitucionalidad. Finalmente, el veto por razones de constitucionalidad se puede realizar cuando el Poder Ejecutivo veta un proyecto de ley por motivos de constitucionalidad, cuyas razones no han sido aceptadas por la Asamblea Legislativa, según está regulado en el artículo 128 de la Constitución

indebidamente ignorados, interpretados o aplicados los principios o normas relativos a su respectiva competencia constitucional. //

ch) Cuando lo solicite el Defensor de los Habitantes, por considerar que infringen derechos o libertades fundamentales reconocidos por la Constitución o los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en la República.

Política³³¹. En este caso es discutible la opinión consultiva de la Sala Constitucional es vinculante tanto por razones de fondo como de procedimiento.

Son múltiples las decisiones que puede adoptar *la Sala Constitucional* en la vía de la acción de inconstitucionalidad para defender el carácter supremo de las normas constitucionales, entre ellas, la anulación de la norma infra-constitucional cuyo contenido contradice de manera abierta el Texto Fundamental, o bien la posibilidad de interpretar las normas impugnadas de conformidad con la Constitución, siempre que se respeten los límites que sobre el particular ha desarrollado la doctrina, entre ellos que no exceden el marco fijado por la norma infraconstitucional que ha de ser interpretada en consonancia con la Constitución, pues de lo contrario el intérprete último de la Norma Fundamental asume o se arroga competencias que le atañen con exclusividad al legislador. En suma, si los

331 Véase Piza Escalante, R., *La Justicia Constitucional* ..., op. cit., pág. 145. El artículo 128 de la Constitución Política de la República de Costa Rica dispone:

"ARTÍCULO 128.- Si el veto se funda en razones de inconstitucionalidad no aceptadas por la Asamblea Legislativa, ésta enviará el decreto legislativo a la Sala indicada en el artículo 10, para que resuelva el diferendo dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha en que reciba el expediente. Se tendrán por desechadas las disposiciones declaradas inconstitucionales y las demás se enviarán a la Asamblea Legislativa para la tramitación correspondiente. Lo mismo se hará con el proyecto de ley aprobado por la Asamblea Legislativa, cuando la Sala declare que no contiene disposiciones inconstitucionales."

tribunales constitucionales interpretan las normas legales más allá del texto de la disposición interfieren en las competencias del legislador con más intensidad que en los casos de anulación. Lo anterior por cuanto, de acuerdo con Hesse, en ese caso es el mismo Tribunal Constitucional quien emite una nueva norma distinta de la anterior, interpretada más allá de su sentido literal, mientras que en el supuesto de la declaratoria de nulidad la nueva configuración sigue siendo privativa del legislador³³².

Todas estas consideraciones sin duda suponen mayores reflexiones, las cuales exceden el objeto de esta investigación. Sin embargo, a todas luces es evidente que los tribunales constitucionales, tanto el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana, el Tribunal Constitucional Español y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia pueden tener por derogada una norma preconstitucional si resulta incompatible frente al Texto Fundamental, o bien declarar la invalidez de sus efectos ultra-activos como se ha expuesto en los capítulos anteriores, siempre que esa incompatibilidad sea evidente,

Sección III. En la defensa de los derechos fundamentales.

332 Véase Hesse, K., Escritos de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 52 y 53.

A diferencia del sistema de justicia constitucional italiano, en el cual no se ha diseñado un procedimiento particular o específico ante la Corte de Constitucionalidad para la defensa de los derechos fundamentales, en el caso alemán y en el español sí se ha establecido, y ha sido denominado recurso de amparo o queja constitucional en el primer caso, y recurso de amparo en el segundo.

Sobre el origen del recurso de amparo, puede decirse que se produjo en dos lugares lejanos pero en fechas cercanas de nacimiento. Así, de acuerdo con Pegoraro, el recurso de amparo fue elaborado y traducido en la práctica en América Latina y, en concreto, en el Estado Mexicano de Yucatán, con la Constitución de 1841; de allí se extendió, con variantes muy significativas por otros ordenamientos del continente americano. Pero un instituto análogo, con rasgos muy similares, ya había sido contemplado en las Constituciones de Baden y de Baviera de 1818, y desde allí pasó a la Constitución de 1919 y a la austriaca de 1920, denominándose *Verfassungsbeschwerde o Beschwerde* en los países de lengua alemana³³³.

De esta forma, en el sistema alemán la doctrina ha considerado que el recurso previsto en el artículo 93.1 num. 4a) de la Ley Fundamental para la

333 Véase Pegoraro, L., La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada, op. cit., págs. 106 y 107.

República Federal Alemana es independiente al que está contemplado en el artículo 19.4 ídem, pues sólo el primero habilita al particular para acudir directamente al Tribunal Constitucional, ante la violación de un derecho fundamental. Pero también ha considerado la doctrina que el recurso de amparo constitucional en el sistema alemán tiene un carácter híbrido, pues al rasgo subjetivo inicial le es sumado un componente de carácter objetivo, a partir de la concepción de los derechos fundamentales como un orden jurídico en un sistema coherente y completo de valores dirigido a la protección de la dignidad de la persona y a su libre desarrollo. Este valor objetivo del sistema es de tal magnitud, que convierte al Estado constitucional alemán en un Estado de los derechos fundamentales y a la sociedad en una sociedad de los derechos fundamentales³³⁴. Sobre el particular, Favoreu advierte que: *“la mayor parte de los recursos constitucionales se dirigen contra fallos de tribunales federales, o sea “fallos generalmente pronunciados en tercera instancia” (Schaich, 1982, p. 132). El Tribunal se convierte así en una especie de jurisdicción suprema encargada de imponer una interpretación uniforme de las normas constitucionales al conjunto de los tribunales superiores alemanes, lo que le permite ejercer una influencia decisiva sobre el conjunto del derecho alemán, comprendidos los derechos civil y penal (Fromont y Reig, p. 104)”*³³⁵.

334 Ver Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., pág. 270.

335 Véase Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, op. cit., pág. 70.

En vista que el Tribunal Constitucional Federal Alemán debía enfrentarse a decenas de millares de recursos individuales a los que ni siquiera la organización en secciones era capaz de hacer frente, de acuerdo con Lucio Pegoraro, *“éste se ha visto obligado a elaborar una jurisprudencia restrictiva basada en el principio de subsidiariedad: en particular, la acción directa se puede intentar sólo si no existen otros remedios jurisdiccionales y si se considera indispensable para eliminar un prevenir una violación de los derechos indicados”*³³⁶.

A pesar de lo anterior, la experiencia ha demostrado que el *Bundesverfassungsgericht* no sólo ha tenido una importancia capital en el complejo “mosaico” del federalismo cooperativo alemán, sino también ha sido calificado como un “Tribunal de los ciudadanos” y ha desempeñado un papel cargado de significado no sólo en la defensa sino también en la promoción de los derechos fundamentales, gracias a la interpretación del sentido evolutivo del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del principio de igualdad, eliminándose de esta manera cualquier discriminación irracional realizada por el legislador o por la Administración Pública³³⁷.

336 Ver Pegoraro, L., La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada, op. cit., pág. 52.

337 Ver Rescigno, F., La Justicia Constitucional en Alemania, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit., pág. 79.

En el sistema de *justicia constitucional español*, por otro lado, el recurso de amparo constitucional es conocido por el Tribunal Constitucional, en los términos en que está regulado por el artículo 53.2 del Texto Fundamental, que brinda esta protección jurisdiccional a los derechos proclamados en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución Española (arts. 15 a 29 CE), más el principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución y el derecho a la objeción de conciencia del 30 CE. De otro lado, Molas sostiene que la protección de los demás derechos fundamentales corresponde con exclusividad a los tribunales ordinarios. En este orden de ideas, el autor considera que si bien la lista de derechos tutelables mediante el amparo constitucional es taxativa, “*excepcionalmente el Tribunal ha extendido el amparo a otros contenidos constitucionales vinculados con los derechos amparables. Así sucede, por ejemplo, cuando hace derivar el derecho a crear partidos políticos del derecho de asociación (SSTC 10/1983 y 85/1986), aunque en otros supuestos la extensión pretendida por el recurrente se ha visto rechazada. Es el caso del intento de integrar los principios del artículo 9.3 CE dentro del principio de legalidad penal del artículo 25 CE (STC 10/1989).*”

Cabe mencionar, de acuerdo con García Morullo que *el Tribunal Constitucional Español* se ha aprovechado de la jurisprudencia que ha emitido en materia de los recursos de amparo para sentar los patrones de conducta

que han de guiar las actuaciones de los tribunales ordinarios, quienes han sido los llamados a ser los primeros defensores de los derechos fundamentales de los particulares. En palabras del autor: “*así, pues, el amparo constitucional, amén de constituir una garantía específica de los derechos fundamentales, permite que el Tribunal Constitucional realice lo que se ha llamado una función ejemplar o persuasiva*³³⁸” con respecto a la actividad de los órganos jurisdiccionales.

Por otra parte, al comparar la actividad *del Tribunal Constitucional Federal Alemán* frente a la desplegada por *el Tribunal Constitucional Español* en el recurso de amparo, Fernández Rodríguez ha constatado que: “*los dos supuestos más conocidos en los que existe este contencioso son los de la Verfassungsbeschwerde germana y del amparo español. Aquélla procede, una vez agotadas las vías de recurso ordinarias, contra todo acto legislativo, administrativo o judicial que suponga un atentado personal, actual e inmediato a los derechos de un individuo (...) . Por su parte, el recurso de amparo español no es esgrimible frente a leyes sino sólo contra actos administrativos o judiciales que lesionen ciertos derechos fundamentales (los recogidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución), una vez agotadas las vías de recurso ordinarias. El uso que se hace de ambas figuras es muy importante desde el punto de vista cuantitativo, lo que obliga a los dos tribunales constitucionales a efectuar una destacada labor de filtro que trate de soslayar el problema de saturación del órgano. El éxito en este sentido es relativo a pesar de que más*

338 Véase García Morullo, J., Derecho Constitucional, Tercera Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

*del 95% de estos recursos son rechazados al comienzo del procedimiento por parte de las secciones correspondientes del tribunal*³³⁹. De lo anterior se ha entendido que el recurso de amparo en el ordenamiento español tiene un carácter híbrido (que también se puede apreciar en el amparo alemán), pues tiene por fin no sólo la protección particular y subjetiva del derecho fundamental menoscabado, sino también la defensa objetiva de la Constitución. Esta vertiente ha sido reforzada con la aprobación de la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (aprobada por LO 6/2007 de 24/5), según la cual el recurrente debe justificar la especial trascendencia de la demanda para que sea admitida³⁴⁰.

339 Véase Fernández Rodríguez J. J., *La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI*, op. cit, págs. 80-81.

340 De esta forma, en el preámbulo de la LO 6/2007 de 24/5, en que se reformó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se indicó: *"El elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente previsto para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo de una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el amparo se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso, la habilitación a las secciones para su resolución y la reforma del trámite de cuestión interna de constitucionalidad prevista en el artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre. La primera de estas novedades es la que afecta a la configuración del trámite de admisión del recurso de amparo. Y es que frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón*

Es claro entonces que la reforma aludida intenta, por un lado, reducir el volumen de asuntos que ingresan al Tribunal Constitucional Español, al exigirle al recurrente de acuerdo con el artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que justifique la especial trascendencia constitucional de su recurso³⁴¹.

Desde la perspectiva de un costarricense, que en esta materia tiene una tradición jurídica muy distinta a la española³⁴² (teniendo en cuenta que,

de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución”.

341 El actual artículo 49 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional estipula:

“Artículo cuarenta y nueve

1. El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso.

2. Con la demanda se acompañarán:

a) El documento que acredite la representación del solicitante del amparo.

b) En su caso, la copia, traslado o certificación de la resolución recaída en el procedimiento judicial o administrativo.

3. A la demanda se acompañarán también tantas copias literales de la misma y de los documentos presentados como partes en el previo proceso, si lo hubiere, y una más para el Ministerio Fiscal.

4. De incumplirse cualquiera de los requisitos establecidos en los apartados que anteceden, las Secretarías de Justicia lo pondrán de manifiesto al interesado en el plazo de 10 días, con el apercibimiento de que, de no subsanarse el defecto, se acordará la inadmisión del recurso.”

342 Sobre el particular, Carrillo López ha comentado: *“El recurso de amparo en España dista mucho de parecerse al modelo vigente en algunos países latinoamericanos. Y algo similar es preciso añadir respecto del amparo en Alemania. En esencia, las diferencias estriban en que*

como se verá mas adelante, en Costa Rica cualquier particular puede acceder directamente ante la Sala Constitucional por la vía del recurso de amparo, como garantía procesal y sustantiva de sus derechos fundamentales de acuerdo con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) una reforma en esas condiciones, aunque muy necesaria por la gran cantidad de trabajo y de circulante que también enfrenta la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, incidiría de manera directa sobre el derecho fundamental de toda persona de acceder a una vía sumaria y sencilla para tutelar los derechos consagrados en la Constitución, como en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos.

De ahí que una solución similar a la reforma española tendría que descartarse para la Ley de la Jurisdicción Constitucional costarricense. Pero el amparo constitucional español también tiene grandes diferencias con respecto al amparo costarricense, dado que el primero es un proceso de

el recurso de amparo es una garantía procesal extraordinaria de los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional. No se trata de un recurso directo ante esta jurisdicción (aunque en Alemania lo puede ser en situaciones excepcionales para la efectiva preservación del derecho presuntamente lesionado) y sólo puede ser presentado, una vez agotada la vía judicial previa, frente a lesiones de derechos fundamentales que sean causa de actuaciones de los poderes públicos. Son pues, los jueces y los tribunales que forman parte del Poder Judicial la instancia básica de garantía de los derechos y libertades de las personas". Véase Carrillo, M., Jurisprudencia constitucional y tribunales ordinarios, en 50 años de Corte Constitucional Italiana, 25 años de Tribunal Constitucional Español, IV Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional, op. cit., pág. 298

carácter extraordinario y subsidiario, el cual únicamente se puede promover, en términos generales, si se han agotado todos los recursos ordinarios.

En Costa Rica, como se ha dicho, el particular puede acceder directamente a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia por el recurso de amparo, sin necesidad de agotar ninguna impugnación previa administrativa o jurisdiccional. De ahí que el recurso de amparo español, si bien no constituye un recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales, normalmente se controla la actividad desplegada por los órganos del Poder Judicial en el ejercicio de sus atribuciones. En el caso costarricense, expresamente se ha excluido la posibilidad del recurrir en esta vía una decisión de un Órgano Jurisdiccional, lo cual eventualmente puede ser inconstitucional.

Efectivamente, la conformidad del artículo 30 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional³⁴³ fue discutida ante la Sala Constitucional de

343 Esta norma establece:

"Artículo 30.- No procede el amparo:

(....)

b) Contra las resoluciones y actuaciones jurisdiccionales del Poder Judicial."

la Corte Suprema de Justicia, la cual por mayoría decidió (en la sentencia No. 2277-92 de 18 de agosto) que esa norma no vulnera el Derecho de la Constitución. Es claro que en esta decisión la Sala Constitucional ha confundido las competencias relativas al control de constitucionalidad de las normas jurídicas, que no puede recaer sobre las resoluciones jurisdiccionales por fuerza del artículo 10 constitucional, y las relativas a la jurisdicción constitucional de la libertad, sobre la cual la Constitución Política no establece ningún impedimento³⁴⁴. Pero en esta sentencia la mayoría de la Sala Constitucional también realizó una justificación histórica para admitir la posibilidad de interponer un recurso de habeas corpus contra una resolución jurisdiccional, pero no un recurso de amparo³⁴⁵, pese

344 Lo anterior por cuanto, en la sentencia No. 2277-92 de 18 de agosto, la mayoría de la Sala Constitucional expresó: *"ninguna diferencia habría, en cuanto a sus consecuencias, entre la declaratoria de inconstitucionalidad de una sentencia –o de cualquier otra resolución o actuación jurisdiccional- y el hecho de acoger un amparo contra ella, ya que en ambos casos lo que se produciría sería su nulidad, a efecto de que sea repuesta por un nuevo pronunciamiento -libre de vicio que la Sala hubiere determinado- pues esta carecería de competencia para pronunciar otra en lugar de la que se anula"*.

345 Al respecto, en esa decisión la Sala señaló: *"No obstante que el amparo es el género y el hábeas corpus la especie, lo cierto es que Costa Rica adoptó –constitucionalmente- desde mediados del siglo pasado el hábeas corpus como un medio de garantizar el principio de libertad individual que a favor todos sus habitantes se plasma en las diferentes cartas políticas que han regido sus destinos. Por muchos años, país legalista, toda vez que su legislación se conformaba en un todo con aquellos principios constitucionales, la figura del hábeas corpus se desarrolló en legislación que le dieron contenido formal, históricamente, aun contra autoridades judiciales, no propiamente porque se dudase de los jueces, sino sobre todo para que los habitantes no sufrieran el*

a que ambos procesos jurisdiccionales constituyen diversas manifestaciones de la Jurisdicción Constitucional de la Libertad, como está consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica³⁴⁶. Pero tampoco son atendibles las argumentaciones tendentes a justificar la imposibilidad del amparo contra resoluciones jurisdiccionales, en el hecho que *“el ejercicio de la judicatura debe estar en manos de personas que por su conocimiento, rectitud, y experiencia están en la obligación de respetar y hacer respetar el derecho de la constitución, ésta y sus principios, en la forma que allí ella misma lo*

irrespeto de sus garantías al ser detenidos, o encarcelados, en contra de los principios constitucionales que garantizaban su libertad, merced a la argucia, sobre todo, de acreedores, valiéndose de legislación vigente, y sin que el juez pudiera hacer nada para evitarlo por no corresponderle el pronunciamiento, ya que el conocimiento del recurso siempre fue de la Corte Suprema de Justicia, a la que también correspondía ejercer el régimen disciplinario de los funcionarios del Poder Judicial. La experiencia fue que –por aquellas circunstancias– el sistema dio buen resultado y constituyó también –para los jueces mismos– una garantía de que aun con aplicación de la Ley, que ellos no podían modificar, sí existía el medio expediente para reparar prontamente la injusticia. El amparo, en cambio, no aparece sino hasta la primera mitad de este siglo, en la Constitución que nos rige y –desde su concepción– desde luego sin que fuera aplicable a la actividad jurisdiccional.”

346 Esta norma establece:

ARTÍCULO 48.- *Toda persona tiene derecho al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, y al recurso de amparo para mantener o restablecer el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como de los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República. Ambos recursos serán de competencia de la Sala indicada en el artículo 10. //*

establece”, como si tales Órganos Jurisdiccionales no fuesen capaces de vulnerar derechos humanos.

Sobre el particular, es ilustrativo como la mayor parte de recursos de amparo en el sistema de justicia constitucional español son planteados precisamente contra resoluciones y decisiones tomadas por Órganos Jurisdiccionales, por violación del derecho consagrado en el artículo 24 de la Constitución Española, es decir, por la vulneración de la tutela judicial efectiva³⁴⁷, que en el sistema de justicia constitucional costarricense se corresponde con el derecho al proceso debido o al debido proceso, como está protegido en los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la

347 El artículo 24 de la Constitución Española de 1978 establece.

"Artículo 24.

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los que jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos."

República de Costa Rica³⁴⁸ y en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos³⁴⁹. Estas confusiones o imprecisiones

348 Los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica estipulan:

"ARTÍCULO 39.- A nadie se hará sufrir pena sino por delito, cuasidelito o falta, sancionados por ley anterior y en virtud de sentencia firme dictada por autoridad competente, previa oportunidad concedida al indiciado para ejercitar su defensa y mediante la necesaria demostración de culpabilidad.

No constituyen violación a este artículo o a los dos anteriores, el apremio corporal en materia civil o de trabajo o las detenciones que pudieren decretarse en las insolvencias, quiebras o concursos de acreedores."

"ARTÍCULO 41.- Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."

349 El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce:

"Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

conceptuales fueron duramente criticadas en el Voto particular de los Magistrados Piza Escalante (q. d. D. g.) y Solano Carrera, quienes señalaron: “*no es posible, por ello confundir, ni siquiera a efectos meramente técnicos el control de constitucionalidad de las leyes u otras normas o actos sujetos al derecho público, con las garantías constitucionales de los derechos y libertades fundamentales. Como se ve, ni lo hace la Constitución, ni lo hace la Ley de la Jurisdicción Constitucional; por lo demás, el artículo 30 inciso b) de esta última no tiene ni tuvo nunca el propósito de armonizar el amparo con la exclusión de los actos jurisdiccional del control de*

d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

constitucionalidad establecido en el artículo 10 de la Constitución, tanto así que fue en el proyecto de dicha norma legal donde la Corte Suprema de Justicia había propuesto excluir del amparo todos los actos del Poder Judicial, incluso los administrativos.”

También se critica en el voto particular las razones dadas por la mayoría del Tribunal Constitucional para admitir una mayor apertura en el hábeas corpus respecto del amparo, como si existiese una diversa categoría de derechos humanos en nuestro ordenamiento jurídico³⁵⁰.

350 Sobre el particular, se dijo: “*SETIMO: Tampoco podemos concurrir en la tesis de la mayoría que pretende justificar diversos tratamientos de hábeas corpus y al amparo, al admitir el primero pero no el segundo contra los actos jurisdiccionales, presumiendo que el derecho de libertad personal haya sido privilegiado en la Constitución sobre los protegidos por el amparo. La verdad, tanto en el Derecho de la Constitución, como en el de los Derechos Humanos en general, es más bien la contraria: en primer lugar, porque ya el segundo ha consagrado, como principio universal, el de que todos los derechos fundamentales son indivisibles, interdependientes y de igual rango, como que todos son, por definición, esenciales a la intrínseca dignidad del ser humano, pero es que, además, tanto en uno como en otro, los derechos de libertad personal y de tránsito –al menos- se encuentran dentro de los que pueden ser suspendidos en situaciones de emergencia o de excepción, mientras que nunca pueden serlo otros muchos, meramente amparables, como los derechos a la igualdad sin discriminación, a la no retroactividad o a las garantías judiciales, según puede observarse de los artículos 121 inciso 7, 140 inciso 4 de la Constitución, 4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; circunstancia que, por cierto, ha llevado a una buena parte de la doctrina ius internacional a considerar que son los derechos y libertades no suspendibles –y no los que sí pueden ser suspendidos, como el de libertad personal- los que pueden considerarse incorporados al dominio del “Ius cogens”, es decir, de las normas imperativas de Derecho Internacional que no pueden ser derogadas por la voluntad de los Estados, mediante tratados. Con otras palabras: de ser válida la tesis de la mayoría, de que sean aplicables al amparo las limitaciones al control de inconstitucionalidad establecidas en el artículo 10 de la Constitución, con igual, o incluso con mayor razón tendrían que ser aplicables al hábeas corpus, con lo que la sentencia, para ser congruente, debía haber declarado inconstitucional, por conexión o consecuencia, en los términos del artículo 89 de la*

De todo lo anterior se deduce con bastante claridad la inconstitucionalidad del artículo 30 inciso b) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que dispone la imposibilidad de entablar recursos de amparo contra resoluciones jurisdiccionales, por vulnerar los derechos protegidos en los artículos 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este sentido, aunque este punto ya fue conocido por la Sala Constitucional en uno de sus primeros años de funcionamiento, 1992, desde ningún punto de vista se puede soslayar lo dispuesto en el artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional³⁵¹, en cuanto a que las resoluciones que denieguen la acción únicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada, con lo que la discusión sobre el tema sigue abierta.

Ley de esta Jurisdicción, la posibilidad de hábeas corpus contra actos jurisdiccionales de los tribunales de justicia.”

351 El artículo 87 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone:

“Artículo 87.- Las resoluciones que denieguen la acción deberán examinar todos los motivos de inconstitucionalidad que se hubieren alegado para fundamentarla.

Unicamente surtirán efecto entre las partes en el caso concreto y no producirán cosa juzgada. La acción de inconstitucionalidad podrá ejercerse contra normas o actos previamente declarados constitucionales y en casos o procesos distintos.”

Como se ha adelantado, en *el ordenamiento jurídico costarricense* el artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica le ha asignado la competencia a la Sala Constitucional para tutelar los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política y en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en la República, a través de los recursos de amparo y de habeas corpus. De modo que el amparo, más que un remedio procesal específico, por sí mismo constituye un derecho fundamental, mediante el cual toda persona puede hacer efectiva la tutela de sus derechos vulnerados, obteniendo una reparación inmediata e integral. Con lo anterior de ninguna manera se pretende desconocer la noción instrumental que reviste el amparo en los distintos ordenamientos jurídicos, sino potenciar su carácter complejo y dual, al constituir el proceso de amparo no sólo una garantía constitucional sino un derecho fundamental por sí mismo³⁵².

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, el recurso de amparo garantiza los derechos y libertades fundamentales a que se refiere esa ley, salvo los protegidos por el de hábeas

352 Ver Brenes Montoya, M. M., El incumplimiento de las ... op. cit., pág. 21.

corpus, es decir, la libertad y a la integridad personales³⁵³. A diferencia del amparo constitucional español, en el ordenamiento jurídico costarricense no existe una lista taxativa de derechos tutelables por medio del amparo. En este sentido, la protección se hace extensiva tanto a los derechos individuales, civiles y políticos, cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales, así como cualquier otro cuyo goce sea necesario para asegurar el máximo respeto de la dignidad humana.

En lo que toca a los actos impugnables a través del amparo, el artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional señala que procede contra toda disposición, acuerdo o resolución y, en general, contra toda acción, omisión o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz, de los servidores y órganos públicos, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de aquellos derechos. Además, procede no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.

353 Al respecto, el artículo 15 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone que: *"Procede el hábeas corpus para garantizar la libertad e integridad personales, contra los actos u omisiones que provengan de una autoridad de cualquier orden, incluso judicial, contra las amenazas a esa libertad y las perturbaciones o restricciones que respecto de ella establezcan indebidamente las autoridades, lo mismo que contra las restricciones ilegítimas del derecho de trasladarse de un lugar a otro de la República y de libre permanencia, salida e ingreso en su territorio"*.

En este sentido, se debe mencionar que por medio del recurso de amparo toda la actividad administrativa es susceptible de control, siempre que incida sobre los derechos fundamentales de un particular, a menos que la situación impugnada esté prevista en alguno de los supuestos regulados en el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, sobre los cuales no es admisible el amparo: el amparo contra normas jurídicas (salvo que sea de naturaleza autoaplicativa, o autoejecutable, o se impugne de manera conjunta con el acto lesivo que pretende sustentarse en esa disposición); el amparo contra resoluciones jurisdiccionales y sus actos de ejecución; el amparo contra actuaciones y omisiones válidamente consentidas por la persona agraviada; el amparo contra actos o disposiciones del Tribunal Supremo de Elecciones en materia electoral.

Cabe mencionar que por medio de la Ley 8765, publicada en el Alcance 37 al Diario Oficial La Gaceta No. 171 de 2 de septiembre de 2009 fue reformado el Código Electoral costarricense, reconociéndose en el ámbito del derecho positivo la facultad que jurisprudencialmente había ejercido el Tribunal Supremo de Elecciones de conocer sobre los recursos de amparo en materia electoral. En efecto, se trataba de un criterio jurisprudencial compartido, tanto por la Sala Constitucional de la Corte

Suprema de Justicia, como del Tribunal Supremo de Elecciones, en virtud del cual la primera se negaba a conocer aquellos procesos de amparo en que se reclamaba la violación de derechos políticos electorales (teniendo en cuenta, según la Sala, que se trata de materia electoral), en tanto que el segundo los asumía y los tramitaba mediante un proceso sumario, el cual había denominado “recurso de amparo electoral”, y cuyo trámite se regía por la aplicación análoga de las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Constitucional.

En este sentido, el Tribunal Supremo de Elecciones, en la sentencia No. 303-E-2000, de 15 de febrero, que precisamente dio origen a esta vía procesal para la defensa de los derechos político-electorales, precisó: *“resulta pues que existe una competencia constitucional que habilita al Tribunal a conocer los reclamos que se presenten contra las actuaciones partidarias que menoscaben los derechos políticos de los militantes de las distintas agrupaciones políticas del país; competencia que no puede ser rebuida por la circunstancia que no exista previsión legal al respecto o procedimiento especial para ejercerla, a la luz del principio de plenitud hermética del ordenamiento. En tal caso, la laguna del ordenamiento infra-constitucional debe ser colmada mediante las reglas usuales de integración del bloque de legalidad; lo que nos obliga, en el caso en estudio, a aplicar analógicamente las reglas del recurso de amparo*

que se tramita ante la Sala Constitucional, tal y como ha procedido el Tribunal en este expediente.”

Es claro que con la aprobación de la reforma aludida (mediante la Ley 8765), fue subsanada por el legislador la laguna normativa y ahora expresamente el Tribunal Supremo de Elecciones tiene la competencia para conocer de los amparos electorales, como se deduce del contenido del artículo 225 del Código Electoral, que estipula:

“ARTÍCULO 225.- Derechos tutelados por el amparo electoral

El recurso de amparo electoral constituye, además de un derecho fundamental en sí mismo, un mecanismo procesal para la tutela efectiva de los derechos y las libertades de carácter político-electoral.

El amparo electoral procederá contra toda acción u omisión, incluso, contra simple actuación material que viole o amenace violar cualquiera de los derechos, cuando el autor de cualesquiera de ellas sea un partido político u otros sujetos, públicos o privados, que de hecho o de derecho se encuentren en una posición de poder susceptible de afectar el ejercicio legítimo de los referidos derechos. Los reclamos contra las decisiones de los organismos electorales inferiores no se tramitarán por esta vía, sino por la del recurso de apelación electoral.

Este recurso no solo procederá contra los actos arbitrarios sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas.”

Es innegable entonces que el Tribunal Supremo de Elecciones tiene la competencia para tutelar o proteger al particular frente a la violación de alguno de sus derechos políticos, lo cual se infiere con claridad de una interpretación armónica de los artículos 99 y 102 de la Constitución Política. En este sentido, el hecho que el artículo 48 de la Constitución Política le haya asignado a la Sala Constitucional la competencia para conocer de los procesos de amparo y de habeas corpus, en modo alguno veda la posibilidad que el mismo Constituyente, o incluso el legislador, establezcan otras alternativas para la defensa de los derechos político-electorales. Es claro que en todos los casos anteriores, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, o el Tribunal Supremo de Elecciones, en su caso, al conocer sobre un recurso de amparo o queja constitucional, bien podría tener por derogada la norma preconstitucional en que se ha sustentado el acto impugnado en ese proceso, teniendo en cuenta no sólo la fuerza normativa de las Constituciones alemana, española y costarricense, sino también las cláusulas de derogatoria general que

contienen las 3 Normas Fundamentales, con respecto al derecho anterior que le resulta incompatible.

Sección IV. En la resolución de los conflictos de competencia entre órganos constitucionales.

Finalmente, a los tribunales constitucionales normalmente se les ha asignado la facultad de resolver los conflictos de competencia entre los órganos constitucionales. Se trata entonces de una función, siguiendo a Fernández Rodríguez, de naturaleza arbitraria, en la cual se pontencia el papel de mediador que juegan estos tribunales en el entramado del sistema jurídico-político³⁵⁴.

Así, el *Tribunal Constitucional Federal Alemán* goza de la potestad para resolver aquellos conflictos que se susciten entre los órganos constitucionales y entre la Federación y los *Länder*, o de éstos últimos entre sí, de acuerdo con el artículo 93.1 num. 1 de la Ley Fundamental³⁵⁵, así como el artículo 93.1

354 Véase Fernández Rodríguez, J. J, La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI, op. cit, pág. 88.

355 Esta norma estipula: "El Tribunal Constitucional decidirá: (...)sobre la interpretación de la presente Ley Fundamental con motivo de conflictos sobre el alcance de los derechos y obligación de un órgano federal supremo o de otras partes que tengan derecho propio por esta Ley Fundamental o por el Reglamento de un órgano federal supremo".

num. 3 ídem³⁵⁶ y §13.7³⁵⁷ y §68³⁵⁸ de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal

Asimismo, en *el caso italiano* los conflictos de constitucionalidad están contemplados en el artículo 127 de la Constitución de la República Italiana, de la siguiente manera: *“Cuando el Gobierno estime que una ley regional excede de la competencia de la Región, podrá plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal constitucional dentro de los sesenta días siguientes a su publicación. Cuando una Región estime que una ley o un acto con fuerza de ley del Estado o de otra región lesiona su ámbito de competencia, podrá entablar cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional dentro de los sesenta días siguientes a la publicación de la ley o del acto con fuerza de ley”*. Sobre el particular, Alfonso Celotto y Tania Groppi han explicado que se trata de controversias sobre la distribución

356 Esta norma establece: *“El Tribunal Constitucional decidirá: (...)en el caso de controversia sobre derechos y deberes de la Federación y de los Estados, especialmente en la aplicación del ordenamiento federal por los Estados y en el ejercicio de la supervisión federal”*.

357 El §13.7 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal establece:

“El Tribunal Constitucional Federal decide en los casos que determine la Ley Fundamental, o sea: (...)

7. En caso de diferencias de opinión sobre derecho y deberes de la Federación y de los Estados, especialmente en aplicación del derecho federal por parte de los Estados y para el ejercicio de la supervisión federal (artículo 93 num. 1 y artículo 84 num. 4 frase 2 de la Ley Fundamental)”.

358 El §68 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal dispone:

“Acusados y acusadores sólo pueden ser:

- 1. Para la Federación: el Gobierno Federal.*
- 2. Para el Estado: el Gobierno Estatal”*.

constitucional de las competencias, que por lo tanto dan vida a un verdadero y preciso juicio de partes en el cual se justamente se disputan las atribuciones o las competencias contempladas en la Norma Fundamental, con el fin de proteger el pluralismo institucional y de las autonomías territoriales; de ahí que se discute, en concreto, *“sobre a quien corresponde una determinada competencia, mientras que el interés en la eliminación de los actos inconstitucionales (por incompetencia) queda relegado a un segundo plano, en un giro radical de perspectiva respecto del juicio de constitucionalidad”*³⁵⁹.

En este orden de ideas, la Corte de Constitucionalidad Italiana ha sostenido que la vulneración de las disposiciones constitucionales relativas a la distribución de competencias entre las regiones y el Estado, o entre sus poderes: *“no se restringe únicamente al caso de desacuerdo sobre la pertenencia de la competencia, que cada uno de los sujetos contendientes reivindica para sí, sino que también comprende todo caso en el que, mediante el ejercicio legítimo de una competencia se afecte a una esfera de atribuciones constitucionalmente asignadas a otro sujeto”*³⁶⁰.

359 Véase Celotto, A., y Groppi, A., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit, pág. 91.

360 Sentencia de la Corte de Constitucionalidad Italiana núm. 129 de 1981. Citada por Celotto, A., y Groppi, A., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit, págs. 85-86.

De lo anterior se deduce, de acuerdo con Alfonso Celotto y Tania Groppi, que en el sistema italiano los conflictos de competencias se pueden producir por *vindicatio potestatis* (sea para reivindicar el propio poder), o por *interferencia*, sea para denunciar el ejercicio ilegítimo de la competencia por otro órgano que en todo caso es ajena³⁶¹.

Por su parte, *la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978* le atribuye al Tribunal Constitucional la competencia para conocer de los conflictos constitucionales, los cuales pueden ser, por una parte, los atinentes a la organización territorial del Estado, entre éste y las Comunidades Autónomas o por éstas entre sí y, por otra, los conflictos entre los principales órganos constitucionales del Estado³⁶².

En este orden de ideas, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional distingue cuatro tipos de asuntos:

- los conflictos positivos (cuando los órganos involucrados reclaman la competencia para sí),

361 Véase Celotto, A., y Groppi, A., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit, págs. 91.

362 Ver García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y ..., op. cit., págs. 160-165.

- los conflictos negativos (cuando se produce el caso contrario),
- los conflictos entre órganos constitucionales del Estado,
- y los conflictos en Defensa de la Autonomía Local.

Cabe mencionar que por la configuración de los Estados alemán, italiano y español (federal, en el primer caso, regional en el segundo, y en Comunidades Autónomas el tercero), los conflictos de competencia entre órganos constitucionales han tenido mayor relevancia que en el caso costarricense, pues en el primer caso el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha podido deslindar, por ejemplo, qué materias son competencias de la Federación y cuáles de los *Länder*. Lo mismo se ha producido en el caso español, cuando se producen solapamientos entre las competencias del Estado y de las autonomías.

En Austria, por mencionar un caso especialmente relevante en esta competencia relativa a la resolución de conflictos, aunque el Tribunal Constitucional es considerado por la doctrina austriaca y por los estudios extranjeros como un órgano del Estado en su conjunto y no como un órgano central del Estado, tiene como su principal cometido (en su

condición de órgano de conjunto) mantener el equilibrio constitucional entre el *Bund y los Länder*; de ahí que el Tribunal Constitucional constituye, de un lado, un garante en la distribución de las competencias constitucionales y, de otro, el intérprete supremo de la Constitución³⁶³.

Pero en Costa Rica, de acuerdo con los artículos 109³⁶⁴ a 111 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia tiene la competencia para resolver los conflictos de competencia o atribuciones entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República. También resuelve los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los poderes u órganos de los poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas,

363 Véase Vernet Llobet, J., El Sistema Federal Austriaco, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997, pág. 121.

364 El artículo 109 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional dispone:

"Artículo 109.- Le corresponde a la Sala Constitucional resolver:

a) Los conflictos de competencia o atribuciones entre los Poderes del Estado, incluido el Tribunal Supremo de Elecciones, o entre cualquiera de ellos y la Contraloría General de la República.

b) Los conflictos de competencia o atribuciones constitucionales entre cualquiera de los Poderes u órganos dichos y las entidades descentralizadas, municipalidades u otras personas de Derecho Público, o los de cualquiera de éstas entre sí."

municipalidades u otras personas de Derecho Público, o los de cualquiera de éstas entre sí. Sobre el particular, la Jurisprudencia de la Sala ha señalado que el conflicto de competencias para ser evacuable debe referirse a competencias constitucionales, no así meras disputas de índole administrativas.

Sección V. Resolución de otro tipo de procedimientos por parte de los tribunales constitucionales.

Una vez analizadas algunas competencias que tradicionalmente han sido encomendadas a los tribunales constitucionales para defender el carácter supremo y normativo de los preceptos constitucionales, así como la protección de los derechos fundamentales, ahora mencionaremos algunas particulares que en algunos sitios han sido atribuidas a estos Órganos Jurisdiccionales.

Así, *en Alemania* la Ley Fundamental de Bonn le ha otorgado la competencia al Tribunal Constitucional Federal Alemán *de prohibir algún partido político* si su funcionamiento contradice los principios recogidos en la

Constitución³⁶⁵. Lo anterior, de acuerdo con Fernández Rodríguez, se puede verificar si lo solicitan cualquiera de las dos cámaras o el gobierno federal, y le ha permitido al Tribunal Constitucional declarar la inconstitucionalidad, en el año de 1952, del Partido Nacionalsocialista y, en el año 1956, del Partido Comunista³⁶⁶.

Pero también ha mencionado el autor el caso de otros países en los cuales también se ha establecido un control sobre la constitucionalidad o legalidad de los partidos políticos; tales son los casos de Portugal (de acuerdo con el artículo 223 de la Constitución³⁶⁷), Albania, Bulgaria, Croacia, Eslovenia, Macedonia, Moldavia, Polonia, Rumania y Turquía³⁶⁸.

365 Al respecto, el artículo 21.2 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana establece:

"Artículo 21

(....)

(2) Los partidos que por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de libertad y democracia, o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania, son inconstitucionales. Sobre la constitucionalidad decidirá la Corte Constitucional Federal."

366 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 88.

367 Entre algunas de las competencias que la Constitución Portuguesa de 1976 le encomienda al Tribunal Constitucional, el artículo 223 menciona las siguientes:

"Artículo 223 (Competencia)

1. Compete al Tribunal Constitucional apreciar la inconstitucionalidad y la ilegalidad, conforme a lo dispuesto en los artículos 277 y siguientes.

2. Compete asimismo al Tribunal Constitucional:

Sobre los alcances de ese control de constitucionalidad de los partidos políticos, Fernández Rodríguez advierte que *“puede tener sentido ante un cambio radical de sistema con el objetivo de protegerse frente a peligrosos retornos a un pasado antidemocrático. Pero en líneas generales, dejando a un lado supuestos extremos, parece más conveniente vaciar al órgano de justicia constitucional de tales competencias y que frente a los grupos antisistema sea la justicia ordinaria la que actúe vía penal”*³⁶⁹.

-
1. Comprobar la muerte y declarar la incapacidad física permanente del Presidente de la República, así como comprobar los impedimentos temporales para el ejercicio de sus funciones;
 2. Comprobar la pérdida del cargo del Presidente de la República, en los casos previstos en el apartado 3 del artículo 129 y en el apartado 3 del artículo 130;
 3. Juzgar en última instancia la regularidad y la validez de los actos de proceso electoral, en los términos que establece la ley;
 4. Comprobar la muerte y declarar la incapacidad para el ejercicio de la función presidencial de cualquier candidato a Presidente de la República, a los efectos de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 124;
 5. Comprobar la legalidad de la constitución de partidos y sus coaliciones, así como apreciar la legalidad de sus denominaciones, siglas y símbolos, y ordenar su respectiva extinción, en los términos establecidos por la Constitución y por la ley;
 6. Comprobar previamente la constitucionalidad y la legalidad de los referendos nacionales, regionales y locales, incluyendo la apreciación de los requisitos relativos al respectivo universo electoral;
 7. Juzgar a requerimiento de los Diputados, en los términos establecidos por la ley, los recursos referentes a la pérdida del mandato y a las elecciones realizadas en la Asamblea de la República y en las asambleas legislativas regionales;
 8. Juzgar las acciones de impugnación de elecciones y decisiones de órganos de partidos políticos que, en los términos establecidos por la ley sean susceptibles de recurso.

3. Compete asimismo al Tribunal Constitucional ejercer las demás funciones que le sean atribuidas por la Constitución y por la ley.”

368 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 89.

369 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 89.

Pero también se ha encomendado a algunos tribunales constitucionales, además de los procesos que se han visto con anterioridad, el conocimiento de los *contenciosos electorales*, como son los casos de Austria, Croacia, Eslovenia y Francia³⁷⁰.

Así, por ejemplo, Favoreu considera que el *Tribunal austríaco* es, ante todo, un tribunal electoral y, por ello, es “*juez de lo contencioso de las principales elecciones políticas, administrativas y profesionales: elección de los diputados del Consejo Nacional, miembros de las asambleas de los Länder, de los consejos de los municipios, del presidente de la Federación, de los ejecutivos de los Länder y de los ejecutivos municipales. El Tribunal entiende asimismo en lo contencioso de las elecciones para organismos profesionales representativos que tienen la facultad de fijar sus propios estatutos*”³⁷¹.

Además, la Constitución Austriaca, en el artículo 141.2, le ha atribuido al Tribunal Constitucional la competencia para conocer sobre la regularidad de las iniciativas populares o de los referéndum³⁷².

370 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 89.

371 Ver Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, op. cit., pág. 66.

372 Véase Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, op. cit., pág. 49.

Sobre el particular, el artículo 141 de la Constitución de Austria de 1920 establece:

Finalmente, se debe advertir que *al Consejo Constitucional Francés* le corresponde, durante los años electorales, garantizar la corrección de los escrutinios políticos, entre ellos, las elecciones presidenciales, de los diputados y senadores, así como los referéndum nacionales³⁷³. Sobre el particular Louis Favoreu ha comentado: “*las reclamaciones contra las elecciones de diputados y senadores se le presentan por demanda de los candidatos o electores, a fin de que sancione irregularidades en el curso de la campaña electoral o durante el desarrollo del escrutinio. Si se trata de la elección del Presidente de la República, el Consejo interviene también en la preparación de las elecciones en el desarrollo de las operaciones electorales y en la proclamación de los resultados. En materia de referéndum, interviene asimismo en estas tres fases*”³⁷⁴.

En términos similares, *el Tribunal Constitucional Italiano* debe pronunciarse sobre la posibilidad de organizar un referéndum cuando se tienen las quinientas mil firmas necesarias para ello. Lo anterior, de acuerdo

"Artículo 141

1. El Tribunal Constitucional conocerá: (...)

2. Se determinará por una ley federal en qué supuestos y con qué requisitos deberá el Tribunal Constitucional pronunciarse sobre las impugnaciones de resultados de iniciativas populares o de votaciones populares. Se podrá asimismo disponer mediante ley federal cuánto tiempo habrá que esperar, considerando la posibilidad de una impugnación de esta clase, para publicar una ley sobre la cual se haya celebrado una votación popular.”

373 Ver Bon, P., A propósito del Consejo ..., op. cit., págs. 401 y 414.

374 Véase Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, op. cit., pág. 49.

con el artículo 2 de la Legge cost. 11 marzo 1953, n. 1 (*Norme integrative della Costituzione concernenti la Corte costituzionale*), que establece: “*se le richieste di referendum abrogativo presentate a norma dell’art. 75 della Costituzione*³⁷⁵ *siano ammissibili ai sensi del comma secondo dell’articolo stesso*”³⁷⁶.

Sobre el particular Celotto comenta que la demanda de un referéndum popular contra una ley, suscrita por quinientos mil electores o cinco consejos regionales, debe ser revisada con anterioridad, en varios aspectos, por la Oficina Central para el referéndum en el Tribunal de Casación y el Tribunal Constitucional. Dicho examen se realiza para verificar si la cuestión del referéndum reúne todos los requisitos

375 El artículo 75 de la Constitución Italiana de 1947 establece:

"Articolo 75.

Se celebrara referendum popular para decidir sobre la derogación total o parcial de una ley o de un acto con fuerza de ley cuando lo soliciten 500.000 (quinientos mil) electores o cinco consejos regionales.

No se admitirá el referendum para las leyes tributarias y presupuestarias, de amnistía y de indulto, ni de autorización para ratificar tratados internacionales.

Tendrán derecho a participar en el referendum todos los ciudadanos llamados a elegir la Cámara de Diputados.

La propuesta sometida a referendum será aprobada si ha participado en la votación la mayoría de quienes tengan derecho a hacerlo y se alcanza la mayoría de los votos validamente emitidos.

La ley determinara las modalidades de celebración del referendum."

376 Véase Celotto, A., La Corte Costituzionale, Il Mulino, Boloña, 2004.

constitucionales y, por lo tanto, si puede legítimamente ser sometida a votación popular³⁷⁷.

De igual modo, en el caso italiano es particularmente relevante la competencia atribuida a la Corte de Constitucionalidad en el artículo 135 de la Constitución, en cuya razón es posible entablar un proceso penal contra el Jefe del Estado. En tal supuesto, a los quince jueces ordinarios le son agregados otros dieciséis miembros (los llamados jueces agregados), que son extraídos al azar de un elenco de ciudadanos que únicamente reúnen los requisitos para ser electos como senador³⁷⁸. Esta composición se explica por el papel que la Corte realiza en estos casos, que se aproxima al de una juría penal. Al respecto, Alfonso Celloto y Tania Groppi advierten que esa ampliación del número de integrantes de la Corte no supone una forma de participación directa del pueblo en la administración de justicia, sino más bien se potencia el carácter político del juicio sobre la responsabilidad del Jefe de Estado, justamente por la preponderación de los jueces que, en ese

377 Ver Celotto, A., La Corte Costituzionale, op. cit., 2004.

378 Sobre el particular el artículo 58 de la Constitución Italiana de 1947 establece:

"Artículo 58

Los senadores serán elegidos por sufragio universal y directo por los electores que tengan veinticinco años de edad cumplidos.

Serán elegibles como senadores los electores que hayan cumplido cuarenta años de edad."

supuesto, han sido designados por el Parlamento, para constituir ese colegio especial³⁷⁹.

De esta forma, durante los años 1977 y 1979 se produjo el único juicio penal que con esas características se haya celebrado, por los delitos de corrupción que se imputaban a dos ministros con respecto a ciertas cantidades percibidas por la adquisición de aviones militares de la sociedad americana *Lockheed*. En este sentido, Celotto y Groppi advierten que se trató de un juicio demasiado costoso para su resultado final y que produjo un atraso en la Corte de Constitucionalidad que fue superado 10 años más tarde³⁸⁰.

Esta situación motivó la aprobación de una revisión constitucional (mediante la ley constitucional núm. 1 1989), en cuya virtud la Corte de Constitucionalidad únicamente asumiría el conocimiento de los juicios contra el Presidente de la República en los que (de conformidad con el artículo 90, párrafo 1º de la Constitución³⁸¹) sea responsable por los delitos de alta traición o por atentado a la Constitución³⁸².

379 Véase Celotto, A., y Groppi, A., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit, pág. 93.

380 Véase Celotto, A., y Groppi, A., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit, pág. 93.

381 El Artículo 90 de la Constitución Italiana de 1947 dispone:

Esta función que ha sido encomendada a la Corte de Constitucionalidad Italiana ha sido criticada por parte de la doctrina y, en concreto, por Fernández Rodríguez, quien sostiene que el Tribunal, al asumir esta atribución interviene directamente en el juego político-partidista, lo que puede, por un lado, ser un elemento negativo para la necesaria imagen de independencia e imparcialidad que tiene que transmitir la actuación del tribunal y, por otra, generar oscuridades en la distinción entre la Justicia Constitucional y la Justicia Política”³⁸³.

Por su parte, *en el ordenamiento jurídico español*, es muy relevante la competencia atribuida al Tribunal Constitucional en el sentido de resolver los conflictos que sean planteados en defensa de la autonomía local, en los términos en que está regulado por los artículos 75 bis³⁸⁴ a 75 quince de la

"Artículo 90

El Presidente de la Republica no sera responsable de los actos realizados en ejercicio de sus funciones, salvo por alta traicion o violacion de la Constitucion.

En estos casos sera acusado por el Parlamento en sesion conjunta, por mayoria absoluta de sus miembros."

382 Véase Celotto, A., y Groppi, A., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, op. cit, pág. 94.

383 Véase Fernández Rodríguez, J. J, La Justicia Constitucional Europea ante el Siglo XXI, op. cit., pág. 90.

384 El artículo 75 bis de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, establece:

"Artículo 75 bis.

Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Así, de acuerdo con Troncoso, la introducción de este procedimiento de defensa de la autonomía local tiene como marco el fortalecimiento de las instituciones locales que se realiza a través de la Ley 11/1999, así como de las Leyes Orgánicas 7/1999 y 8/1999, todas de 21 de abril, que modificaron la Ley de Bases del Régimen Local, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y la Ley Orgánica de Régimen Electoral General³⁸⁵.

De esta forma, señala el mismo autor, *“con estas leyes se pretende consolidar las instituciones de gobierno y de representación de la Administración local, como paso previo a una ampliación de su ámbito competencial. Las medidas adoptadas responden a cuatro decisiones básicas: en primer lugar, el fortalecimiento del papel director y ejecutivo del Alcalde y del Presidente de la Diputación, que pretende racionalizar el funcionamiento de los gobiernos locales, agilizando la gestión; en segundo lugar, la profundización de la labor de control político que ejercen los Plenos de los Ayuntamientos*

1. Podrán dar lugar al planteamiento de los conflictos en defensa de la autonomía local las normas del Estado con rango de ley o las disposiciones con rango de ley de las Comunidades Autónomas que lesionen la autonomía local constitucionalmente garantizada.

2. La decisión del Tribunal Constitucional vinculará a todos los poderes públicos y tendrá plenos efectos frente a todos.”

385 Troncoso, A., La Autonomía Local: garantía institucional, desarrollo político y dificultades prácticas. En estudios de derecho constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 593.

y de las Diputaciones Provinciales; en tercer lugar, el establecimiento de instrumentos de exigencia de respnabilidad política, que junto con la labor de control, están en el fundamento del principio democrático; en cuarto y último lugar, la materialización de la capacidad reactiva de garantía institucional de la Administración local, establecimiento un procedimiento de acceso de los Entes locales al Tribunal Constitucional”³⁸⁶.

Así, con la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para introducir este procedimiento de defensa de la autonomía local, se trata de fortalecer la garantía institucional facilitándose a los entes locales el acceso al Tribunal Constitucional. De esta forma, en este procedimiento se ha otorgado legitimación para plantear el conflicto: *“a los municipios o prinvincias que sean los únicos destinatarios de la ley o un séptimo número de municipios del ámbito territorial a que afecte, siempre que representen al menos a un sexto de la población oficial de este territorio, o a la mitad de las provincias de ese ámbito siempre que representen a la mitad de la población oficial del territorio estado”³⁸⁷.*

Tales son, pues, algunos procedimientos especiales que han sido atribuidos a los tribunales constitucionales, a parte de las competencias

386 Troncoso, A., La Autonomía Local: garantía institucional, desarrollo político y dificultades prácticas. En estudios de derecho constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, op. cit., pág. 437.

387 Troncoso, A., La Autonomía Local: garantía institucional, desarrollo político y dificultades prácticas. En estudios de derecho constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo, op. cit., págs. 597-598.

tradicionales que han sido asignadas a estos Órganos Jurisdiccionales para la defensa del carácter normativo pleno y supremo de la Constitución: a saber el control de constitucionalidad de la ley, que como se ha visto, puede ser previo (antes que la norma cuestionada obtenga vigencia), o a posteriori (una vez que el precepto cuestionado se encuentra vigente); la tutela de los derechos fundamentales mediante un proceso denominado recurso de amparo, así como las funciones de arbitraje o de resolución de conflictos entre los órganos constitucionales del Estado.

También se ha insistido sobre la manera en que los tribunales constitucionales, en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales o legales, deberían resolver el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales que se oponen a la Constitución, así como las soluciones que el ordenamiento jurídico brinda para resolverlo.

Ahora bien, en el capítulo siguiente, serán examinados en concreto los criterios observados por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español, analizándose en qué medida se adecuan o no a los postulados defendidos en esta ocasión, así como los diversos alcances de la fuerza normativa de la Constitución.

Con posterioridad será revisada la solución de ese conflicto pero por la justicia constitucional costarricense, sea por la Corte Suprema de Justicia cuando tenía atribuciones en materia de control de constitucionalidad, y por la Sala Constitucional de la Corte Supremo de Justicia, tratándose de determinar en qué medida se corresponde o no con las ideas defendidas en esta investigación en cuanto a la relación entre la Constitución y los preceptos preconstitucionales que le son incompatibles.

Finalmente, en el último capítulo, se examinarán las relaciones entre las normas preconstitucionales y los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos, los cuales, al menos en el sistema de justicia constitucional costarricense, forman parte del bloque de constitucionalidad y, por ello, del Derecho de la Constitución.

Ello no es el caso, al menos no el mayoritario, del modelo europeo de justicia constitucional, que como será expuesto en esta oportunidad, tiene un criterio mucho más restringido o conservador sobre el carácter normativo y exigible de estos Instrumentos.

CAPÍTULO IV.

LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES EN EL MODELO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL EUROPEO. ESTUDIO COMPARADO.

Una vez comentadas las distintas implicaciones de la fuerza normativa de la Constitución sobre las normas preconstitucionales (y con respecto al bloque de constitucionalidad), a continuación serán mencionados los criterios que han sostenido algunos tribunales constitucionales en el modelo de Justicia Constitucional europeo, entre ellos, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español y se examinará en qué medida han observado o no los argumentos que se han defendido en esta investigación, y por qué motivo.

En este sentido, y en vista que desde el capítulo anterior se habían mencionado las competencias de los citados tribunales constitucionales para la defensa del carácter normativo y supremo de sus respectivas Constituciones, así como la tutela de los derechos fundamentales que cada Texto Constitucional consagra, en esta oportunidad serán revisados sus criterios jurisprudenciales con respecto a las normas preconstitucionales, y

cómo han resuelto el conflicto normativo que se origina cuando se oponen al Texto Fundamental.

En este sentido, y como se apreciará con mayor detenimiento más adelante, en algunos sistemas se ha reconocido en todos sus alcances la fuerza normativa de la Constitución y se han tenido por derogadas las normas preconstitucionales que se le oponen; en otros por el contrario, se ha desarrollado la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida, como es el caso italiano, y se ha sometido al control de constitucionalidad tales disposiciones y se ha declarado su anulación por resultar incompatibles frente al texto de la Constitución vigente. Todo ello se realizará a continuación.

Sección I. El conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución en el sistema de Justicia Constitucional Europeo.

Sobre el particular, sin duda son relevantes los argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español, todos los cuales han abordado este fenómeno de manera distinta, como se ha dicho,

y han resuelto con criterios diversos el conflicto normativo que surge cuando una norma anterior a la Constitución le resulta incompatible. Así, por ejemplo, *en el sistema de Justicia Constitucional Alemán*, se ha establecido una solución diferente cuando esa incompatibilidad se conoce con motivo del control concreto y abstracto de constitucionalidad. En un caso, se ha dicho que es un conflicto de legalidad que debe ser conocido por los tribunales ordinarios; en el otro, por el contrario, se ha admitido la competencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán para dilucidar estas situaciones, pese al contenido de la cláusula derogatoria que se establece en el artículo 123 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.

De otro lado, en el sistema de justicia constitucional italiano, *la Corte Costituzionale* ha sostenido, a grandes rasgos, que la incompatibilidad de la norma preconstitucional a la Constitución supone un conflicto de vigencia y validez, en el cual el primero queda subsumido en el segundo. De ahí la creación del instituto híbrido de la inconstitucionalidad sobrevenida, y la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional para conocer esas situaciones, todo lo cual será objeto de mayores consideraciones.

Pero también son relevantes los criterios sostenidos por *el Tribunal Constitucional Español*, los cuales han sido parcialmente desarrollados con anterioridad, que a grandes rasgos intentan armonizar las dos posturas comentadas, en una hipótesis que se podría denominar, en términos muy generales, como *intermedia*.

Sin embargo, en todos los supuestos anteriores es muy evidente la solución que brinda el derecho positivo para resolver el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y el Texto Fundamental, justamente a partir de la derogación de los preceptos anteriores a la Constitución que la contradicen, teniendo en cuenta la fuerza normativa del Texto Fundamental. En este sentido, una salida distinta de la expuesta nos conduce a negar todos los alcances del reconocimiento efectivo de la normatividad de la Constitución, y su potencia para abrogar todo el derecho anterior que se le opone, o bien a relativizarlos.

I.A. Una aproximación preliminar: desde la derogación de las normas preconstitucionales.

Como lo advierte Fernández Rodríguez, en el sistema de Justicia Constitucional europeo lo usual es que los tribunales constitucionales se

enfrenten a las normas posteriores al nacimiento de la Carta Magna. En este sentido, dicho autor señala que “*la aproximación técnica más adecuada a esta cuestión hace que las normas posteriores a la Constitución y contrarias a ellas sean declaradas nulas y las anteriores que la contradicen se les aplique la idea de la derogación*”³⁸⁸.

Lo anterior por cuanto, mientras la declaratoria de inconstitucionalidad y el juicio de invalidez se sustentan en la confrontación entre la Carta Magna y la norma cuyo período de vigencia es posterior, la derogatoria se produce a causa de la sucesión temporal de normas que origina la aplicación de la regla *lex posterior derogat anteriori*³⁸⁹.

De esta forma, si se resuelve el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución con el instituto de la derogación, como es lo correcto, todos los órganos jurisdiccionales tienen la potestad de tener por derogada dicha disposición, si efectivamente es incompatible frente a la Norma Fundamental.

388 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 75.

389 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 75.

Esta justamente ha sido la solución adoptada en Alemania, a propósito del control concreto de constitucionalidad³⁹⁰, y la que se defiende en esta investigación, a partir del reconocimiento efectivo de la Constitución como norma jurídica, dotada de coercitividad y, por ende, plenamente exigible frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos.

I.B. Desde la perspectiva de la anulación de las normas preconstitucionales.

Pero en Italia, como ya se indicó, la *Corte Costituzionale* se ha arrogado la competencia para decidir sobre la validez de leyes anteriores a la Norma Básica, aunque en el fondo solamente se trata de “*un examen de fondo y no de norma*”³⁹¹.

En otro orden de cosas, en Estonia se ha previsto de manera expresa el control de los actos jurídicos cuyo período de vigor es anterior a la Constitución, entre ellos las leyes, mientras que en Yugoslavia “*la conformidad de la ley con la Constitución también puede ser analizada cuando aquélla*

390 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 75.

391 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 75.

ha perdido su vigencia, siempre, para el caso yugoslavo, que no haya transcurrido más de un año”³⁹². Esta solución, de acuerdo con Fernández Rodríguez, es defendible si se tiene en consideración el carácter retroactivo de la nulidad con el cual es sancionada la norma inconstitucional, que afecta a los procesos y a las relaciones jurídicas que aún permanecen abiertas³⁹³.

En suma, en el fondo se ha previsto la posibilidad de realizar un control de constitucionalidad sobre los efectos ultra-activos de las normas preconstitucionales que previamente han sido derogadas por la fuerza normativa de la Constitución, pero reducido al período de un año a partir del período de cesación de la vigencia de la norma.

Pero es preciso insistir en la solución que el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución establece con respecto de las normas preconstitucionales, las cuales como se ha advertido no pueden ser objeto de control de constitucionalidad, al haber perdido su período de vigencia o vigor por haber entrado en vigencia una nueva Constitución.

392 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 75.

393 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 75.

De ahí que el juicio de validez no se produzca sobre la norma derogada, sino sobre sus efectos ultra-activos, si a pesar de esa derogatoria subsisten algunas situaciones jurídicas que estaban reguladas por ella. Lo contrario sería caer en el equívoco de confundir o asimilar los institutos de la derogatoria y el control de constitucionalidad, como lo hace la doctrina italiana con la llamada inconstitucionalidad sobrevenida, que parte de un temor infundado, ante la posibilidad que una norma anterior de rango superior queda derogada por otra posterior pero de inferior rango, como se estudiará más adelante, concretamente al analizar las decisiones adoptadas por la Corte de Constitucionalidad Italiana en esta materia.

Sección II. El Tribunal Constitucional Federal Alemán.

En el sistema de justicia constitucional alemán, aunque el artículo 123 de la Ley Fundamental para la República General Alemana, de 23 de mayo de 1949, establece una cláusula de derogatoria general de todo el derecho anterior a la Constitución que la contradice, el Tribunal Constitucional Federal Alemán sostiene distintos criterios, tratándose del control concreto (*konkrete Normenkontrolle*) y el control abstracto (*abstrakte Normenkontrolle*) de constitucionalidad. Al respecto, el artículo 123 ídem establece:

“Artículo 123

1.- Seguirá en vigor el ordenamiento anterior a la reunión del Parlamento Federal en lo que no se oponga a la presente Ley Fundamental.

2.- Los tratados internacionales concertados por el Imperio alemán, y referentes a materias para las cuales son competentes según la presente Ley Fundamental los órganos legislativos de los Estados regionales, permanecerán en vigor, cuando sean válidos y continúen rigiendo en virtud de los principios generales del derecho, a reserva de cualesquiera derechos y objeciones de los interesados, mientras no se concierten nuevos tratados internacionales por los órganos competentes según la presente Ley Fundamental o no se produzca la expiración de los mismos por otro motivo en virtud de los preceptos contenidos en el presente texto”

Esta norma, de acuerdo con Pérez Tremps, expresa en forma contundente el deseo de continuidad jurídica del ordenamiento anterior a la Ley Fundamental, pero afirma de igual manera la superioridad normativa de la Constitución, que tiene la virtud de derogar todo el derecho anterior que se le opone³⁹⁴.

394 Véase Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op. cit., pág. 146.

Pero los alcances de esta norma, sin embargo, deben ser interpretados con arreglo a lo dispuesto por el artículo 126 de la Ley Fundamental³⁹⁵, según el cual le corresponde al Tribunal Constitucional Federal Alemán resolver las diferencias de opinión sobre la continuidad de la vigencia de cualquier regla jurídica. Nótese que aún en este supuesto, el Tribunal Constitucional debe

395 Esta norma establece: *"Serán resueltas por el Tribunal Constitucional Federal todas las controversias de criterios sobre la subsistencia de cualesquiera preceptos como derecho federal"*.

Esta disposición, de acuerdo con Pérez Tremps es desarrollada por los artículos §13.14, §86, §87, §88 y §89 de la Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal. Estas normas respectivamente establecen:

"El Tribunal Constitucional Federal decido en los casos que determine la Ley Fundamental, o sea: (...)

14. En caso de diferencias de opinión sobre la vigencia de un derecho como derecho federal (artículo 126 de la Ley Fundamental)"

" (1) Se encuentran legitimados para elevar una solicitud el Parlamento Federal, el Gobierno Federal y los gobiernos de los Estados.

(2) Si en un proceso judicial es discutible y relevante, si una ley se encuentra vigente como derecho federal, entonces el Tribunal, en aplicación del §80, solicitará la decisión del Tribunal Constitucional Federal."

"(1) La solicitud del Consejo Federal, el Gobierno Federal o de un Gobierno Estatal, solo será admisible, cuando de la decisión dependa la admisibilidad de una medida ya ejecutada o directamente inminente, de un órgano federal, una autoridad federal o de un órgano de una autoridad de un Estado

(2) Para la fundamentación de la solicitud se deberán dar los presupuestos señalados en el numeral 1."

"Las disposiciones del §82 se aplicarán mutatis mutandis"

"El Tribunal Constitucional Federal decidirá si la ley, total o parcialmente, se encuentra vigente en todo el territorio federal, o en una determinada parte del territorio federal como derecho federal"

pronunciarse sobre la vigencia de las normas preconstitucionales, no así sobre su validez.

Sobre esta posibilidad, Fernández Rodríguez ha comentado: *“En Alemania se puede acudir al Tribunal Constitucional para que determine si una norma preconstitucional puede seguir aplicándose como Derecho Federal o como Derecho de los Länder”*³⁹⁶.

Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la sentencia de 17 de mayo de 1960 -2BvL 11/59, 11/60- señaló, al resolver un caso en el cual se discutía si una norma preconstitucional conservaba ese carácter o si había sido objeto de una voluntad ratificadora por el legislador post-constitucional: *“por tanto, no significará que hay una confirmación de una ley que existe previamente a la Ley Fundamental cuando el legislador se limita a tolerarla y no procede a su modificación o derogatoria. De la modificación de las disposiciones individuales de una ley preconstitucional, tampoco se puede deducir sin más que el legislador aprobó y confirmó las restantes disposiciones de una ley preconstitucional, tampoco se puede deducir sin más que el legislador aprobó y confirmó las restantes disposiciones de una ley preconstitucional. La opinión de que toda modificación a una ley preconstitucional por parte del legislador federal torna post-constitucional la totalidad de la ley, por cuanto que el legislador manifiesta de esta*

396 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 75.

forma que considera constitucional la parte no modificada de la ley, no corresponde a la realidad. Especialmente en el caso de leyes muy amplias no se puede hacer la suposición irreal, de que el legislador, con motivo de una modificación individual, ya ha examinado y afirmado la constitucionalidad de la totalidad de la ley. Para tornar post-constitucional una norma preconstitucional el legislador debe dar a conocer además su voluntad confirmatoria concreta en la ley. Este es el caso, por ejemplo, cuando una norma anterior se expide nuevamente como ley, cuando una nueva norma (postconstitucional) remite a una norma anterior, o cuando un ámbito jurídico limitado y apreciable es modificado radicalmente por el legislador postconstitucional, y de la estrecha relación material entre las disposiciones antiguas y las modificadas resulta evidente que el legislador postconstitucional no las ha podido adoptar sin haberlas examinado”.

De lo anterior se deduce que una norma pre-constitucional puede ser atribuida a la voluntad del legislador post-constitucional sólo cuando de manera objetiva se puede inferir del contenido de esa voluntad en una ley ratificadora. A lo anterior agrega Pérez Tremps que en Alemania el Parlamento ha realizado una labor de recopilación del derecho viejo que habría de considerarse vigente; de modo que esa asunción permite someter el

derecho novado a los procedimientos de control del derecho post-constitucional³⁹⁷.

Estas circunstancias sin duda matizan los supuestos en que deben participar los tribunales ordinarios para juzgar sobre la vigencia de las leyes viejas en Alemania³⁹⁸. En todo caso, el tratamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán con respecto a estas disposiciones ha sido distinto tratándose del control concreto y abstracto de constitucionalidad, como se verá a continuación.

II.A. Las normas preconstitucionales en el sistema de justicia constitucional alemán, con motivo del control concreto de constitucionalidad (*konkrete Normenkontrolle*).

El control concreto de constitucionalidad ha sido previsto en el artículo 100 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana³⁹⁹ y también ha

397 Véase Varela, S., y Satrustegui, M., Constitución nueva y leyes viejas, en Revista de Derecho Político, núm. 4, Madrid, 1979, pág. 64. Citado por Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op. cit., pág. 146.

398 Ver Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op. cit., pág. 146.

399 Esta norma estipula: "1. En caso de que un tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, deberá suspenderse el proceso y si se tratase de una violación de la Constitución de un Estado se recabará el pronunciamiento del Tribunal regional competente en litigios constitucionales, o la del Tribunal Constitucional Federal si se trata de una infracción de la presente Ley Federal. También regirá esta norma cuando se

sido denominado “*demanda judicial*”. En razón de este proceso, cualquier órgano jurisdiccional está habilitado para plantear una consulta al Tribunal Constitucional Federal Alemán, acerca de la regularidad constitucional de una disposición que debe aplicar al caso concreto.

De lo anterior se deduce que en el sistema alemán la legitimación de los órganos jurisdiccionales para plantear la cuestión de constitucionalidad es sensiblemente más amplia que en el sistema austriaco, donde sólo están habilitados los tribunales superiores⁴⁰⁰.

En suma, dicho proceso es uno incidental y objetivo con el que se trata de resolver, por parte del Tribunal Constitucional, una duda sobre la constitucionalidad de una norma que le plantea el juez ordinario⁴⁰¹, quien debe decidir sobre un proceso concreto cuya suspensión normalmente se produce durante el trámite de esa consulta.

trate de la infracción de la presente Ley Fundamental por el derecho regional o de la incompatibilidad de una ley regional con una ley federal. 2. Si en un litigio jurídico fuere dudoso si una norma de derecho internacional forma parte del derecho federal y si crea directamente derechos y deberes para los individuos (art. 25), el tribunal deberá recabar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal. 3. Cuando, con motivo de la interpretación de la Ley Fundamental, el Tribunal de un Estado tenga la intención de apartarse de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional Federal o del Tribunal Constitucional de otro Estado, deberá recabar resolución del Tribunal Constitucional Federal”.

400 Véase Simon, H. y otros., Manual de Derecho ..., op. cit., pág. 836.

401 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 78.

Este instrumento de control de constitucionalidad, según Helmut Simon, tiene una ventaja similar a la del recurso de amparo, y es causada por la aplicación a un caso concreto de las normas controvertidas y la suposición de la afectación de los derechos de una sola persona. De acuerdo con este autor, dicho juicio, que tiene en cuenta los efectos y el alcance de las normas a la realidad, es propio de la función jurisdiccional⁴⁰² y, por ello, es preferible al control abstracto de normas.

Cabe mencionar que el Tribunal Constitucional Federal Alemán, a propósito del control concreto de constitucionalidad, ha dictado sentencias muy relevantes, *básicas*, en materia de financiación de partidos políticos, la equiparación jurídica del hombre y la mujer, la sanción de cadena perpetua y la energía atómica⁴⁰³.

Ahora bien, en lo que atañe al conflicto normativo que se conoce en esta investigación, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha sostenido, tratándose del control concreto de normas, que corresponde a los tribunales

402 Véase Simon, H. y otros., Manual de Derecho..., op. cit., pág. 836.

403 Ver Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., pág. 270.

ordinarios decidir sobre la constitucionalidad de todas las leyes parlamentarias aprobadas en la época anterior a la entrada en vigor de la Ley Fundamental⁴⁰⁴.

Sobre el particular, en la BvR 2/124 de la Sala Primera de 24 de febrero de 1953, se dijo: *“sobre la conclusión de que todo tribunal, de manera autónoma, tiene que examinar y decidir las cuestiones jurídicas acerca de si las leyes expedidas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental, son o no compatibles con la Ley Fundamental. La decisión sobre la compatibilidad del derecho pre-constitucional con la Ley Fundamental, y por consiguiente, la inaplica, no estará dejando de lado la voluntad original del legislador y por tanto, la revisión de la compatibilidad de una ley con una Constitución expedida con posterioridad, presupone la eficacia de la norma que se somete a revisión; sólo cuando se considera eficaz el acto legislativo del anterior legislador, se puede elevar la pregunta de su compatibilidad con la Ley Fundamental expedida con posterioridad. Si ésta no se niega, entonces no se verá reducida la autoridad del anterior legislador, sino que se afirmará objetivamente que la voluntad legislativa posterior se sobrepone a la voluntad legislativa anterior, de la cual discrepa”*⁴⁰⁵.

404 Véase Häberle, P., El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania, en el Derecho de amparo en el mundo, coordinadores Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-gregor, E., Universidad Nacional Autónoma de México, el Editorial Porrúa, Argentina y la Fundación Konrad -Adenauer- Stiftung, México 2006, pág. 723.

405 De acuerdo con Aragón, el razonamiento esbozado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en esa sentencia puede ser desarrollado del siguiente modo: “a) *Es tarea del Tribunal Constitucional evitar que cada Tribunal se sitúe por encima del legislador ordinario negando la aplicación de las leyes.* b) *Ni la Constitución ni la Ley del Tribunal Constitucional niegan la competencia de los tribunales ordinarios para apreciar la constitucionalidad de la*

De igual manera, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, mediante la sentencia dictada por la Segunda Sala de 17 de mayo de 1960 -2BvL 11/59, 11/60- supra comentada, consideró: “*de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las normas que hubieren sido sancionadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Fundamental, el 24 de mayo de 1949 (conocidas como leyes preconstitucionales) no se encuentran, en principio, sujetas al control previsto en el art. 100, num. 1, frase 1 de la LF (en concordancia con las sentencias 2,124[128 y ss.]; 8,210[231 y ss.]; 9,39 [46]; 10,129[132]; 10,85[191])*”.

ley. Más bien parten ambas del principio contrario en cuanto que les atribuyen la facultad de plantear ante el Tribunal Constitucional el incidente de inconstitucionalidad. c) De estos dos principios, establecidos en la sentencia de 20 de marzo de 1952 (9), se sigue que: c.1) La decisión sobre la incompatibilidad con la Constitución de una ley preconstitucional no es lesiva para la autoridad del legislador, pues parte precisamente de la validez de la ley analizada, cuya derogación por una norma posterior se considera posible. El hecho que esta norma posterior sea también superior (Constitución) es aquí irrelevante. c.2) No puede aceptarse el argumento de que la compatibilidad o contradicción entre una norma constitucional y una ley ordinaria sólo puede juzgarse con métodos distintos que los de la compatibilidad o contradicción entre leyes ordinarias. Aunque es cierto que los preceptos constitucionales son más generales y abstractos, son preceptos jurídicos que todos los tribunales han de aplicar e interpretar y, en concreto, que han de interpretar para plantear o no el incidente de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Este no tiene un monopolio de interpretación de la Constitución, sino sólo de declaración de la invalidez constitucional de las leyes. d) Los precedentes de la época de Weimar, la doctrina entonces producida, los trabajos parlamentarios de elaboración de la Constitución y las opiniones más autorizadas coinciden en excluir de la competencia del Tribunal Constitucional el Derecho preconstitucional, cuyo control queda enteramente en manos de los tribunales ordinarios”. Véase Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, op. cit., págs. 190 y 191.

En suma, de acuerdo con Schlaich, únicamente las leyes formales publicadas pueden ser objeto del control concentrado de constitucionalidad que realiza el Tribunal Constitucional Federal Alemán, de acuerdo con el artículo 100 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana; de ahí que únicamente las leyes postconstitucionales pueden ser examinadas por el Tribunal Constitucional en esta vía⁴⁰⁶.

II.B. Las normas preconstitucionales en el sistema de justicia constitucional alemán, con ocasión del control abstracto de constitucionalidad (*abstrakte Normenkontrolle*).

Es distinto, sin embargo, el criterio del Tribunal Constitucional Federal Alemán con motivo del control abstracto de constitucionalidad, en cuya virtud no se ha cuestionado la competencia de esa Corte para determinar la conformidad del ordenamiento preexistente a la Constitución.

Este instrumento de control de constitucionalidad está previsto en el artículo 93.1 num. 2 de la Ley Fundamental de la República Federal

406 Véase Schlaich, K., El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 164.

Alemana⁴⁰⁷; se trata, según Fernández Rodríguez, de un control directo y objetivo que mayoritariamente se produce a través de una acción de inconstitucionalidad que se sustancia por la vía principal⁴⁰⁸.

Al respecto, Weber afirma que el control abstracto de normas “*es un procedimiento típico de garantías y de control de los derechos de las minorías, en particular de los de la oposición parlamentaria, frente a las leyes aprobadas por la mayoría*”⁴⁰⁹; por ello, en algunos casos se ha afirmado que “*perturba la buena marcha de la democracia parlamentaria en la medida en que permite la continuación de la disputa política fuera del órgano legislativo. De ahí las importantes dosis de politicidad que se le achacan a este órgano legislativo*”⁴¹⁰.

407 Esta norma dispone: “*El Tribunal Constitucional decidirá (...) en casos de controversia o de dudas sobre la compatibilidad formal y objetiva del derecho federal o del derecho de un Estado con la presente Ley Fundamental o compatibilidad del derecho de un Estado con otras normas de derecho federal, a instancias del Gobierno Federal, de un Gobierno regional o de un tercio de los componentes del Parlamento Federal*”. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la sentencia 1, 184, de la Sala Primera de 20 de marzo de 1952, ha sostenido: “*en el control de constitucionalidad del art. 93, párr.1 n° 2, GG, se halla absolutamente en primer plano la función del Tribunal Constitucional Federal Alemán como guardián de la Constitución. Él tiene que velar porque la Ley Fundamental no sea lesionada ni formal ni materialmente por preceptos jurídicos de la Federación o de los Estados Federados y, por otra parte, por evitar el peligro, resultante de la estructura federal, de que alguna otra norma del derecho federal sea afectada por el derecho estadual*”.

408 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 75.

409 Véase Weber, A., Alemania, en Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el legislador en la Europa Actual, ed. cit., pág. 94. Citado por Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., pág. 268.

410 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 69.

Para ejemplificar esta situación, Stone sostiene que al ejercer el control abstracto los tribunales constitucionales pueden comportarse como una tercera cámara del Parlamento⁴¹¹, o bien la conocida frase al concluir un debate parlamentario en Alemania: “*nos vemos en Karlsruhe*”⁴¹², es decir, en la sede del Tribunal Constitucional Federal Alemán. En esos casos, la carga política de este tipo de juicios es de tal magnitud que en ocasiones es posible cuestionar el carácter objetivo de la acción⁴¹³.

Todo lo anterior, pese a que en este procedimiento no existen partes contrarias ni sujetos procesales en sentido estricto, aunque los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Federal Alemán en este ámbito son tratados como verdaderos triunfos o derrotas en el campo político⁴¹⁴, justamente por las razones comentadas.

A pesar de lo anterior, y al hecho de que las decisiones del Tribunal Constitucional en esta materia son cuantitativamente menos importantes que cualitativas (teniendo en consideración que entre 1986 y 1995 únicamente se

411 Sobre el particular, véase Stone-Swett, A., The Bird of Judicial Politics in France. The Constitutional Council in Comparative Perspective, Oxford University Press, Oxford, pág. 253. Citado por Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 69.

412 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 76.

413 Véase Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., pág. 76.

414 Ver Córdoba, G. E., El Control Abstracto de Constitucionalidad en Alemania, op. cit., pág. 31.

tramitaron 39 procedimientos de este tipo), es inobjetable la relevancia de esta función del Tribunal Constitucional Federal Alemán, así como algunas de las sentencias que ha emitido en esta materia, entre ellas, las dictadas en materia de televisión, aborto, servicio civil y objeción de conciencia, por mencionar algunos ejemplos⁴¹⁵.

Ahora bien, en lo que atañe al conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución, tratándose del control abstracto, la doctrina ha sostenido que incluso el derecho imperial aún vigente puede ser objeto del control de constitucionalidad⁴¹⁶.

Esta situación ha sido explicada por Luciano Parejo de la siguiente manera: *“debe precisarse inmediatamente que es un punto pacífico, tanto en la jurisprudencia constitucional, como en la doctrina alemanas, la competencia (y aún con el carácter de exclusiva) del Tribunal Federal Constitucional para conocer de la compatibilidad con la ley fundamental, además de las leyes postconstitucionales, de las normas legales anteriores a aquélla, por la vía del recurso directo de inconstitucionalidad. El argumento básico radica no tanto en la ausencia de todo condicionamiento a la competencia del Tribunal por razón del momento temporal de promulgación de la ley a*

415 Ver Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional..., op. cit., pág. 268.

416 Ver Córdoba, G. E, El Control Abstracto de, op. cit., pág. 48.

enjuiciar como en la inexistencia —en el caso del recurso de inconstitucionalidad- de toda posible concurrencia de la función atribuida a la jurisdicción constitucional con el Prüfungsrecht inherente al poder judicial ordinario, de modo que no existe peligro alguno de exceso en el ejercicio de dicho derecho ni, por tanto, necesidad alguna de proteger al poder legislativo frente a tal posibilidad (...). Por esta razón la sentencia del Tribunal Federal Alemán (BverfGE 20) de 5 de agosto de 1966 —que cita en apoyo de su tesis la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981- admitió sin más el recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley de reuniones públicas y similares de 5 de noviembre de 1934, modificada por otras de 26 de septiembre de 1939 y 13 de octubre de 1941 (ley, pues, preconstitucional, que data de la época nacionalsocialista) entró en el fondo del recurso y declaró la nulidad del texto legal”⁴¹⁷.

En este sentido, Stern afirma que el momento en que ha sido dictado el precepto jurídico no tiene mayor relevancia, motivo por el cual la norma objeto de impugnación puede ser anterior o posterior a la Constitución⁴¹⁸. Al respecto, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, en la sentencia 24, 174

417 Véase Parejo Alfonso, L., La Constitución y las leyes preconstitucionales, ..., op. cit., pág. 209.

418 Véase Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Beck, Munic, 1980, pág. 987. Citado por Córdoba, G. E., El Control Abstracto de ..., op. cit., pág. 48. En el mismo sentido el lector puede consultar Lechner, H., y Zuck., R., Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Beck, Munich, 1996, pág. 369; Von Mutius, A. Die Abstrakte Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht, en Jura 1987, pág. 538. Schlaich, K., Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, Beck, Munich, 1997, pág. 91; Pestalozza, C., Verfassungsprozeßrecht, Beck, Munich, 1991, pág. 125.

de 2 de octubre de 1968 señaló: “*la cuestión de si la norma a examinar es anterior o posterior a la Constitución no tiene importancia alguna en este contexto; objeto del control abstracto de constitucionalidad, a contrario de lo que sucede en el control concreto de constitucionalidad. También puede ser el derecho anterior a la Constitución*”⁴¹⁹.

Tales son, pues, los criterios que ha sostenido el Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la compatibilidad de las normas preconstitucionales a la Ley Fundamental, la cual en su artículo 123 (como ya se indicó) contiene una cláusula de derogatoria general de todo el derecho preexistente.

Sobre el particular, se debe advertir que no hay ninguna razón que justifique un tratamiento diferenciado sobre las normas preconstitucionales tratándose del control concreto o abstracto de constitucionalidad, teniendo en cuenta los alcances del artículo 123 de la Ley Fundamental, así como la fuerza normativa de la Constitución, los cuales sin duda suponen la obligación de parte de todos los órganos jurisdiccionales, de tener por derogadas las normas preconstitucionales que la contradicen.

419 Citada por Córdoba, G. E, El Control Abstracto de ..., op. cit., págs. 48-49. “*Die Frage, ob es sich bei der nachzuprüfenden Norm um vor- oder nachkonstitutionelles Recht handelt, ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung; Gegenstand der abstrakten Normenkontrolle im Gegensatz zur konkreten Normenkontrolle kann auch vorkonstitutionelles Recht sein (BVerfGE 2, 124 [131])*” .

Y es que en el supuesto del control abstracto de constitucionalidad, al poderse cuestionar la regularidad constitucional de las normas pre y post constitucionales, sin mayor precisión, sin duda alguna se confunden los institutos de la declaratoria de inconstitucionalidad y la derogación, pese a que responden a fenómenos distintos (en un caso la pérdida de vigor de una norma jurídica al haber entrado en vigencia otra posterior de mayor rango y, en otro, la pérdida de validez de una norma jurídica, por no haber superado el juicio de adecuación con respecto de otra de mayor rango, en este caso la Constitución), e igualmente son distintas las consecuencias jurídicas que supone cada uno de éstos.

Lo anterior, a pesar del sentido literal de la cláusula de derogatoria general que está contemplada en el artículo 123 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, así como el reconocimiento de la Constitución como Norma Jurídica, en cuya razón se deben tener por derogadas todas aquellas disposiciones preconstitucionales que contradicen la Carta Magna.

Sección III. La Corte de Constitucionalidad Italiana.

De otra parte, en el sistema de justicia constitucional italiano, con la entrada en funciones de la Corte de Constitucionalidad en el año 1956, una de las cuestiones que generó gran debate en la doctrina, es si el control de constitucionalidad únicamente se debía producir respecto de las leyes que entraron en vigor con posterioridad a la Constitución de 1947⁴²⁰ -que precedió el régimen fascista de Mussolini- o si cubría las normas anteriores.

De ahí surge precisamente la necesidad de examinar las soluciones implementadas por el sistema italiano durante ese período (1947-1956), con respecto a las normas preconstitucionales, para luego comentar el criterio sostenido por la Corte de Constitucionalidad con respecto a la institución de la inconstitucionalidad sobrevenida, con la primera sentencia que dictó ese Órgano Jurisdiccional, al comenzar sus funciones.

III.A. La solución del conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales durante el período 1947-1956, en el sistema de justicia constitucional italiano.

Al respecto, sin duda es relevante la manera en que fue resuelto este tema por los tribunales ordinarios durante el período transcurrido entre la

420 Cabe mencionar que la Constitución de la República Italiana fue promulgada el 27 de diciembre de 1947 y comenzó a regir el 1º de enero de 1948.

entrada en vigor de la Constitución y la puesta en funcionamiento de la Corte Constitucional (1948-1956), los cuales esbozaron varios criterios que, de acuerdo con la doctrina especializada, podrían incluso ser aplicados en el ordenamiento jurídico-español, para resolver el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución.

Nótese que durante el período 1948-1956, el control de constitucionalidad de las normas en el sistema italiano, mientras no entrara en funcionamiento la Corte de Constitucionalidad, debía ser ejercido de manera provisional por la jurisdicción ordinaria. Así se deduce, siguiendo a Alfonso Celotto⁴²¹, del transitorio VII de la Constitución Italiana de 1947 que establece:

“VII

Mientras no sea dictada la nueva ley organica judicial conforme a lo previsto en la Constitución, seguirán observandose las normas del ordenamiento vigente (derogado por ley constitucional numero 2 de 22-XI-1967). Mientras no entre en funcionamiento el Tribunal Constitucional, la decision de las controversias a que se refiere el artículo 134 se efectuara de la forma y con los límites de las disposiciones anteriores a la entrada en vigor de esta Constitución.”

421 Véase Celotto, A., La Corte Costituzionale, op. cit., pág. 43.

De esta forma, comenta el autor, temporalmente se habilitó a la jurisdicción ordinaria para efectuar una especie de control difuso de constitucionalidad, como en el modelo de la revisión judicial norteamericana, pero con respecto a una Constitución rígida, y no una flexible como lo era el anterior Estatuto Albertino⁴²².

En este sentido, de acuerdo con Gumersindo Trujillo: “*se entendió allí, en un primer momento, que un conflicto entre la Constitución y las leyes anteriores podría presentarse bajo las distintas figuras de la abrogación y de la ilegitimidad constitucional. El primer supuesto presupone que la norma vieja resulta contraria a una norma constitucional de eficacia inmediata. Pero si el contraste se produce con una norma constitucional programática o de eficacia diferida estaríamos ante un supuesto de ilegitimidad constitucional*”⁴²³.

En efecto, según el mismo autor, esa distinción permitiría compatibilizar los respectivos papeles de la jurisdicción ordinaria y la Corte Constitucional, de modo que la primera conocería de la abrogación e inaplicaría la norma vieja que contradice una norma constitucional de eficacia

422 Véase Celotto, A., La Corte Costituzionale, op. cit., pág. 43.

423 Véase Trujillo, G., Juicio de legitimidad e interpretación: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español, Revista de Estudios políticos, N°7, 1979, pág. 147.

inmediata; la segunda, por el contrario, conocería de la ilegitimidad constitucional⁴²⁴.

Estas ideas, de acuerdo con García de Enterría, sirven para resolver el conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales que la contradicen en el sistema español y, en concreto, para interpretar la cláusula de derogatoria 3 de la Constitución Española, *“en el sentido de que sólo alcanzaba a aquellas normas de contenido político que regulasen las mismas materias que las normas de la Constitución a las que ésta ha querido dar efecto de aplicación inmediata y directa (esto es, según lo ya expuesto: derechos fundamentales y parte organizatoria y habilitante de los poderes públicos) y que efectúan esa regulación de manera precisamente opuesta o no compatible, icto oculi, con la regulación constitucional. Toda otra posible contradicción de la legislación preconstitucional, en bloque, con los principios constitucionales no sería causa de derogación formal propiamente, decíamos (y, por tanto, no podría ser decidida por los jueces ordinarios, únicos competentes para dilucidar los temas de vigencia y derogación de las normas), sino que debería dar lugar, simplemente, al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional”⁴²⁵*.

424 Ver Trujillo, G., Juicio de legitimidad e interpretación: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español, op. cit., pág. 147.

425 Ver García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y ..., op. cit., pág. 94.

Lo anterior sin embargo, de ningún modo es compartido en esta investigación, pues en el fondo se niega el carácter efectivamente normativo de todas las disposiciones constitucionales (las cuales lo poseen con independencia de la posibilidad de ser aplicadas directa e inmediatamente por el intérprete o el operador jurídico) o si por el contrario requieren de algún desarrollo infra-constitucional para la consecución de su cometido (de ejecución diferida); en ambos casos, es innegable la fuerza normativa de los preceptos constitucionales y el efecto derogatorio que producen con respecto a las normas preconstitucionales que la contradicen.

En este orden de ideas, Aragón ha explicado que: *“cuando la Constitución contenga un precepto inmediatamente aplicable se aplicará este en lugar del de la norma anterior que lo contradiga; cuando la contradicción se dé frente a un principio constitucional se habrá de interpretar el precepto anterior de conformidad con aquél y, si su tenor literal lo impidiese habrá, no obstante, de considerarse derogado el precepto, acudiéndose, para salvar la laguna, a cualquiera de los medios que para ello el ordenamiento jurídico preveé, entre los que se cuentan, sin duda, los principios generales y la analogía⁴²⁶”*.

426 Véase Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, op. cit., pág. 189.

De esta manera, el mismo autor concluye que los jueces y los tribunales ordinarios deben aplicar la cláusula de derogatoria expresa de la Constitución e inaplicar, en consecuencia, las leyes anteriores que se le opongan. Esta situación no debería producir ningún vacío normativo insalvable, pues la aplicación inmediata de la Constitución, en unos casos, y las técnicas de integración del ordenamiento, en otros, ofrecen al juez medios suficientes para obtener una solución⁴²⁷.

Asimismo y en una línea similar, Fernández Segado explica que la eficacia derogatoria es inequívoca con respecto a las disposiciones preconstitucionales que contradicen preceptos constitucionales de indiscutible aplicación inmediata. En este sentido, dicho autor precisa que no se requiere la intervención específica del Tribunal Constitucional, puesto que no existe un problema de inconstitucionalidad y de invalidez de la norma enfrentada a la Constitución, sino la pérdida de vigencia de la norma, a partir de la Constitución, para regular situaciones futuras; dicho de otro modo, ante la mera derogación de aquella⁴²⁸.

427 Ver Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, op. cit., pág. 197.

428 Véase Fernández Segado, F., El sistema constitucional español, op. cit., págs. 76-77

Pero aún en el supuesto de los preceptos constitucionales que no gozan de ese grado de eficacia inmediata (es decir, los de ejecución diferida), el mismo autor recuerda que *“la Constitución ha optado por un criterio de continuidad del ordenamiento jurídico, como evidencia la propia cláusula de derogatoria que estamos contemplando, que admite la efectividad (mejor dicho la vigencia) de las normas anteriores en cuanto no se opongan a la Constitución (...). La Constitución no ha roto la continuidad del orden jurídico preconstitucional más que con respecto a aquellas normas que no puedan ser interpretadas de conformidad con la Constitución (...). Es evidente, pues, que las normas preconstitucionales que admitan una interpretación acorde con la Constitución habrán de ser respetadas”*⁴²⁹.

Tales razonamientos son compartidos en esta investigación, a partir del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitucional, la cual como se ha insistido tiene la virtud de derogar todos los preceptos constitucionales que se oponen a la Carta Magna. A continuación será revisada la manera en que fue resuelto el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución en el sistema de justicia constitucional italiano, una vez que inició sus funciones la Corte de Constitucionalidad⁴³⁰.

429 Véase Fernández Segado, F., El sistema constitucional español, op. cit., págs. 76-77

430 De acuerdo con Alfonso Celotto, si bien este período duró más tiempo que el originalmente previsto, su contribución al fortalecimiento del control de constitucionalidad

III.B. La solución del conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales, al entrar en funcionamiento la Corte de Constitucionalidad Italiana (1956).

Desde una perspectiva distinta, el Primer Presidente de la Corte de Constitucionalidad Italiana, en el discurso que rindió una vez cumplido el primer año en ejercicio, manifestó: *“Excluire la declaración de ilegitimidad constitucional para las leyes anteriores y afirmar que en caso de contradicción entre la Constitución, opere solo el instituto de la abrogación, por efecto de la cual los jueces deberán limitarse a no aplicar la ley en el caso en concreto, sin poder removerla del ordenamiento, significaría, de un lado, desconocer, la absoluta identidad de la relación que existe entre la Constitución y las leyes ordinarias, las cuales con independencia del criterio cronológico, deben igualmente ser eliminadas con una declaración de ilegitimidad constitucional cuando son incompatibles con las normas de la constitución, y del otro lado, la obligación de los legisladores, quienes tienen la obligación de dictar nuevas leyes conformes a la Constitución”*⁴³¹.

fue muy limitado, pues durante ese período muy pocas normas fueron declaradas inconstitucionales. Véase Celotto, A., La Corte Costituzionale, op. cit., pág. 43.

431 Véase Azzariti, G., Dopo un anno d'attività della Corte Costituzionale, In AA.VV., Cinquant'anni di Corte Costituzionale. Volumen I, Corte Costituzionale, Roma, 2006, pág. 21.

En este orden de ideas, Alessandro Pizzorusso afirma que la orientación más difundida en Italia, sobre el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Carta Magna, ve posible la coexistencia entre la inconstitucionalidad y la derogación, aun reconociendo su diverso alcance en el plano sustancial y procedimental; de esta forma, *“la inconstitucionalidad puede derivar incluso de principios generales, incapaces, por sí solos, de expresar una norma lo bastante concreta para derogar (y sustituir) a las anteriores; la inconstitucionalidad, en segundo lugar, queda reservada a la apreciación del Tribunal Constitucional, en tanto que la derogación puede ser constatada por cualquier juez o por cualquier operador jurídico, con los efectos peculiares que son propios de cada acto”*⁴³².

De esta manera, la Corte de Constitucionalidad Italiana, en la sentencia 1 (1956) de 5 de junio, consideró: *“la cuestión de ilegitimidad constitucional se refiere tanto a las leyes posteriores como anteriores a la Constitución, por cuanto de la lectura textual del artículo 134 de la Constitución y del artículo 1 de la ley constitucional 9 de febrero de 1948 No. 1 no hacen una distinción, por cuanto la relación entre las leyes ordinarias y las leyes constitucionales y el grado que ellas tienen en la jerarquía de las*

432 Véase Pizzorusso, A., Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo II, tercera edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pág. 22.

*fuentes, no cambia si se trata de leyes ordinarias anteriores o posteriores a aquellas costituzionali*⁴³³.

Este criterio, de acuerdo con Alessandro Pizzorusso, ha sido reiterado por la Corte de Constitucionalidad en las siguientes decisiones: “27 de junio de 1958, n. 40, en *Foro it.*, 1958, I, 1054 comentada por MORTATI, en *Giur. Costit.*, 1958, pp. 525 y ss.; 27 de enero de 1959, nn. 1y 4, en *Foro it.*, 1959, I, pp. 24y ss; 23 de marzo de 1960, n. 12, en *Foro it.*, 1960, I, 523; 12 de febrero de 1963, n. 1, *id.*, 1963, I, 399; 13 de diciembre de 1963, n.156, *id.* 1964, I, 16; 2 de abril de 1970, n. 49, *id.*, 1970, I, 1306”⁴³⁴.

Cabe mencionar, siguiendo a Zagrebelsky, que en este fallo la Corte sólo afirmó que, planteada la cuestión de constitucionalidad, el control de validez de la norma preconstitucional absorbe el problema de la

433 Sentencia No. 1 (1956) de la Corte de Constitucionalidad Italiana: “*L'assunto che il nuovo istituto della "illegittimità costituzionale" si riferisca solo alle leggi posteriori alla Costituzione e non anche a quelle anteriori) non può essere accolto, sia perché, dal lato testuale, tanto l'art. 134 della Costituzione quanto l'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, parlano di questioni di legittimità costituzionale delle leggi, senza fare alcuna distinzione, sia perché, dal lato logico, è innegabile che il rapporto tra leggi ordinarie e leggi costituzionali e il grado che ad esse rispettivamente spetta nella gerarchia delle fonti non mutano affatto, siano le leggi ordinarie anteriori, siano posteriori a quelle costituzionali*”.

434 Véase Pizzorusso, A., *Lecciones de Derecho Constitucional*, op. cit., pág. 201. Sobre el particular Alfonso Celotto ha comentado que “*e leggi emanate precedentemente alla Costituzione sono state ritenute sindacabili - sia pure per i soli vizi di contenuto - anche per consolidare politicamente il ruolo della Corte nell'ordinamento, come già ricordato*”. Véase Celotto, A., *La Corte Costituzionale*, op. cit., pág. 43.

derogación, de modo que ha quedado sin juzgar el tema preliminar relativo a la posibilidad que los jueces ordinarios no planteen la cuestión de constitucionalidad, reservándose para sí el examen de vigencia y de abrogación. En este orden, ha afirmado el autor que *“desde el punto de vista del mecanismo procedimental previsto para plantear ante la Corte la cuestión de constitucionalidad, la posibilidad indicada parece permanecer abierta”*⁴³⁵.

Por su parte, Varela y Satrustegui sostienen que en esta sentencia la Corte de Constitucionalidad asumió la competencia para conocer sobre la compatibilidad de las leyes anteriores a la Constitución, y esa es la línea que la Corte ha mantenido en su jurisprudencia, aunque los fundamentos teóricos en que se sustenta no sean tan firmes⁴³⁶. Esta solución, de acuerdo con Pérez Tremps, responde a la timidez con que los jueces y los tribunales ordinarios aplicaron la Constitución durante los años en que todavía no había entrado en funcionamiento la Corte de Constitucionalidad⁴³⁷.

435 Véase Zagrebelsky, G., La giustizia costituzionale, Bolonia, 1977, págs. 42-48. Citado por Trujillo, G., Juicio de legitimidad e interpretación: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español, op. cit., pág. 148.

436 Véase Varela, S., y Satrustegui, M., Constitución nueva y leyes viejas, op. cit., pág. 70. Citado por Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op. cit., pág. 148.

437 Ver Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op. cit., pág. 149. Sobre el particular, este autor menciona: Onda, V. L'attuazione Della Costituzione fra Magistratura o Corte Costituzionale en la obra colectiva Scritti in onore di Costantino Mortati, vol. 4, Giuffrè, Roma, 1977, págs. 528 y ss., y Ferrajoli, L., Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano, en Política y justicia en el Estado capitalista, Fontanella, Barcelona, 1978, pág. 111.

De ahí que el razonamiento esbozado por la Corte de Constitucionalidad Italiana en la sentencia aludida, de acuerdo con Aragón, puede ser desarrollado de la siguiente manera:

- según el artículo 136 de la Constitución Italiana⁴³⁸ la declaratoria de inconstitucionalidad únicamente puede ser realizada por la Corte de Constitucionalidad;
- la Constitución no establece ninguna distinción sobre el tratamiento de las normas anteriores y posteriores a ella;
- aunque inconstitucionalidad y derogación son instituciones jurídicas distintas, en ambos casos se parte de la misma premisa inicial: el conflicto normativo entre la ley y la Constitución.

438 Esta norma establece:

"Artículo 136. Cuando el Tribunal declare la inconstitucionalidad de una disposición legislativa o de un acto de fuerza de ley, la norma dejara de surtir efecto desde el día siguiente a la publicación de la sentencia.

La resolución del Tribunal se publicara y notificara a las Cámaras y a los Consejos Regionales interesados a fin de que, si lo consideran necesario, provean con arreglo a las formalidades previstas por la Constitución."

- la relación entre congruencia e incongruencia entre la ley y la Constitución es independiente a la fecha de emisión de la primera;
- la derogatoria del precepto preconstitucional tiene como causa justamente su inconstitucionalidad;
- y, por último, únicamente la Corte de Constitucionalidad tiene competencia para apreciar esa disconformidad y, por ello, sólo ella puede constatar si la norma preconstitucional ha sido derogada o no por la Norma Fundamental⁴³⁹.

Los anteriores razonamientos son defendidos por Pizzorusso al señalar, en términos muy generales, que en el conflicto normativo entre dos normas jurídicas el criterio jerárquico debe normalmente prevalecer sobre el cronológico o el de especialidad. En este sentido, dicho autor agrega: *“frente al criterio cronológico, esta preeminencia procede del hecho de que la rigidez de la Constitución y otras jerarquizaciones análogas entre las fuentes han sido introducidas para evitar, precisamente, el que las normas derivadas de la fuente supraordenada puedan ser*

439 Véase Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, op. cit., págs. 191 y 192.

*excepcionadas ulteriormente por medio de fuentes infraordenadas, siendo obvio, por ello, que las primeras deberían resistir frente a la acción de las segundas*⁴⁴⁰.

Así, el mismo autor advierte que cuando el criterio cronológico actúa a favor de la norma derivada de la fuente supraordenada (es decir, del criterio jerárquico de resolución de normas), lo que se produce es un funcionamiento conjunto y paralelo de ambos criterios, en el cual (aunque son distintos los efectos en un caso y en el otro) se asimila la derogación a la inconstitucionalidad sobrevenida, en tanto se trata de un choque normativo entre una disposición infraordenada por parte de fuentes superiores; de ahí que el criterio de la derogación queda integrado por el de la inconstitucionalidad⁴⁴¹.

Sin embargo, también reconoce la posibilidad de argumentar en el sentido que la constatación de la derogación es prejudicial con respecto de la determinación de invalidez, y no es sino, por una estimación de mayor seguridad jurídica y de superior certeza, que la doctrina y la jurisprudencia Italiana se ha decantado por defender la inconstitucionalidad sobrevenida⁴⁴².

En otra ocasión el mismo autor señaló: *“una tercera cuestión, relativa a la*

440 Ver Pizzorusso, A., Lecciones de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 200.

441 Ver Pizzorusso, A., Lecciones de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 200 y 201.

442 Véase Pizzorusso, A., Lecciones de Derecho Constitucional, op. cit., págs. 200 y 201.

posibilidad de someter a control las leyes anteriores a la Constitución, fue resuelta por el Tribunal Constitucional en su primera sentencia en el sentido de afirmar la posibilidad del control, orientación de la jurisprudencia (opuesta a la mantenida en la República Federal Alemana) que ha sido posteriormente reafirmada, si bien en el plano teórico da lugar a ciertas dificultades”⁴⁴³.

En suma, y de acuerdo con Trujillo, la jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad ha reconocido su competencia exclusiva para conocer las relaciones entre las leyes anteriores y la Constitución, con lo cual el criterio cronológico ha sido absorbido por el de jerarquía. Por otra parte, la jurisprudencia de los tribunales ordinarios ha traducido en términos de validez dichos conflictos, al plantearlos siempre como cuestiones de constitucionalidad ante la Corte⁴⁴⁴.

Sobre el particular y de manera reciente, Celotto ha distinguido entre la inconstitucionalidad originaria y la sobrevenida y ha expuesto algunos criterios para evidenciar la clasificación. De este modo, para el autor, la inconstitucionalidad originaria: “*si ha quando il vizio della legge deriva de una causa già esistente al momento della sua entrata in vigore, per cui l’atto è illegittimo fin*

443 Ver Pizzorusso, A., El Tribunal Constitucional Italiano, en Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, op. cit., pág. 248.

444 Ver Trujillo, G., Juicio de legitimidad e interpretación: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español, op. cit., pág. 148.

dalla sua immissione nell'ordinamento"⁴⁴⁵; mientras la inconstitucionalidad sobrevenida se produce *"quando il vizio si determina nel corso della vigenza della legge in quanto la norma costituzionale sopravviene rispetto ad essa: l'atto cioè nasce legittimo e diviene illegittimo in un momento successivo"*⁴⁴⁶.

De esta manera, como ejemplo del primer tipo de inconstitucionalidad (la originaria) el autor menciona la pena de muerte, que fue establecida mediante una ley de 1998, en contravención de lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución de la República Italiana, en cuya razón está prohibida la pena capital (salvo en los casos previstos por las leyes militares de guerra). Así, en este supuesto, de acuerdo con el autor, *"tale legge è affetta da incostituzionalità fin dalla sua origine, cioè dal 1998"*⁴⁴⁷.

Pero con anterioridad la pena de muerte había sido prevista en el artículo 17 del Código Penal de 1930. En este caso, dice Alfonso Celotto, *"tale disposizione diviene inconstituzionale solo quando entra in vigore la Costituzione: si tratta, quindi, di incostituzionalità sopravvenuta, a decorrere dal 1948"*⁴⁴⁸.

445 Véase Celotto, A., La Corte Costituzionale, op. cit., págs. 58-59.

446 Ver Celotto, A., La Corte Costituzionale, op. cit., págs. 58-59.

447 Ver Celotto, A., La Corte Costituzionale, op. cit., pág. 59.

448 Ver Celotto, A., La Corte Costituzionale, op. cit., pág. 59.

Sobre el caso anterior, a todas luces es evidente que ha soslayado el autor, con respecto al instituto de la inconstitucionalidad sobrevenida y, en particular, sobre el caso de la pena de muerte que había sido contemplada en el artículo 17 del Código Penal, las diversas implicaciones de la fuerza normativa de la Constitución (en este caso, el Texto Fundamental Italiano de 1947), que sancionan con la derogación a todas las normas preconstitucionales que se le oponen, como es el caso de la disposición referida.

Dicha derogación, como se ha insistido a lo largo de esta investigación, puede ser declarada tanto por el Tribunal Constitucional, como por los tribunales ordinarios, en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, quienes al constatar que efectivamente la norma legal ha sido derogada por la Constitución, no deben aplicarla al caso concreto por no encontrarse vigente. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la posibilidad de someter al control de constitucionalidad los efectos ultractivos que pudieron haber sobrevivido a esa derogación, lo cual habría que valorarlo en el caso concreto, y que en este supuesto particular de la pena de muerte sería muy difícil vislumbrar algún efecto ultraactivo, caso en que se verifica el monopolio del rechazo de que gozan los tribunales constitucionales para expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones que no son conformes

con la Constitución, a partir de un examen de validez, en un plano vertical con respecto a la Norma Fundamental.

Pero a la misma solución habría que llegar, como se ha insistido, en el caso en que se tratase de una reforma constitucional, la cual también está dotada de fuerza normativa y, por ello, deroga o sanciona con pérdida de la vigencia todo el derecho anterior que se le opone.

Es claro, por todo lo anterior, que la construcción realizada por la Corte de Constitucionalidad Italiana en la sentencia 1 (1956) de 5 de junio, se justifica a partir de la interpretación de una Constitución que no tiene, a diferencia del caso alemán, español y costarricense, una cláusula de derogatoria general sobre todo el derecho anterior a la Constitución que le resulta incompatible (es decir, que sanciona con la pérdida de su vigencia esta situación), en la cual también se ha soslayado las diversas implicaciones de la fuerza normativa de la Constitución y su reconocimiento como norma jurídica dotada de coercitividad, todas las cuales imponen al operador jurídico la obligación de tener por derogado todo el ordenamiento jurídico anterior que contradice la Norma Fundamental.

Al respecto, Aragón advierte: *“la Constitución, como cualquier otra norma jurídica, deroga a las anteriores de igual o inferior rango, que la contradigan, y ello ocurre así por aplicación del principio de “lex posterior”, sin necesidad de que exista en la Constitución una cláusula derogatoria expresa. La cuestión aún está más clara cuando, como en nuestro caso, esa cláusula existe”*⁴⁴⁹.

De ahí precisamente la contradicción del instituto híbrido de la inconstitucionalidad sobrevenida, el cual confunde como se expuso en el Capítulo anterior, por una parte, la declaratoria de inconstitucionalidad de una norma y la pérdida de su vigencia por resultar incompatible frente a la Constitución y, por otra, las nociones de validez y vigencia. Es claro entonces que el reconocimiento del valor normativo de la Constitución supone o exige la derogatoria de todo el derecho preconstitucional que se opone a las disposiciones de la nueva Norma Fundamental.

A continuación serán examinados los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional Español sobre el tema, en una tesis que como se ha adelantado, se ha llamado por algunos como intermedia⁴⁵⁰ (en cuanto habilita a los tribunales ordinarios a tener por derogadas las normas

449 Véase Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, op. cit., pág. 188.

450 Ver Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea..., op. cit., págs. 75.

preconstitucionales que se oponen a la Constitución, mientras que el Tribunal Constitucional Español igualmente tiene la competencia para enjuiciar, en términos de validez, si una preconstitucional se adecua o no a las disposiciones de la Constitución Española de 1978), no sin antes comentar todos los alcances de la cláusula de derogatoria general que la Constitución Española proclama con respecto a las normas anteriores que se le oponen.

Sección IV. El Tribunal Constitucional Español.

Finalmente, en lo que atañe al control de las normas preconstitucionales en el sistema de justicia constitucional español, desde el capítulo anterior se había indicado los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional en las sentencias de 2 de febrero de 1981 y 8 de abril de 1981, a pesar del contenido de la disposición derogatoria de la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978, cuyo contenido será visto a continuación. Con posterioridad, serán revisadas otras decisiones del Tribunal Constitucional sobre el tema y se realizará un comentario sobre cada una de ellas.

IV.A. La cláusula de derogatoria de la Constitución Española de 6 de diciembre de 1978.

Como es sabido, la Constitución Española fue publicada en el BOE No. 311.1 de 29 de diciembre de 1978 y, desde ese momento, ha surtido efecto la cláusula de derogatoria que ella contiene, con respecto a todo el ordenamiento preconstitucional que se opone a la Norma Fundamental. Dicha cláusula establece:

“DISPOSICIÓN DEROGATORIA

1. *Queda derogada la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la Reforma Política, así como, en tanto en cuanto no estuvieran ya derogadas por la anteriormente mencionada Ley, la de Principios del Movimiento de 17 de mayo de 1958, el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, el de Trabajo de 9 de marzo de 1938, La Ley Constitutiva de las Cortes de 17 de julio de 1942, la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado de 26 de julio de 1947, todas ellas modificadas por la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967 y en los mismos términos esta última y la de Referéndum Nacional de 22 de octubre de 1945.*

2. *En tanto en cuanto pudiera conservar alguna vigencia, se considera definitivamente derogada la Ley de 25 de octubre de 1839, en lo que pudiera afectar a las provincias de Ávila, Guipúzca y Vizcaya.*
En los mismos términos se considera definitivamente derogada la Ley de 21 de julio de 1876.
3. *Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución.”*

Sobre el particular, Molas señala que al entrar en vigencia la Constitución Española de 1978 se verificaron varios efectos derogatorios de distinta clase: en primer lugar, una derogatoria expresa y determinada, en segundo, una derogatoria expresa de carácter genérico⁴⁵¹.

451 Ver Molas, I., Derecho Constitucional, op. cit., pág. 212. Sobre el particular, Pedro Ortego Gil ha comentado: “Las leyes fundamentales constituyeron el soporte político-legal de la Dictadura franquista. Muerto el General Franco, se abrió una nueva etapa en la que, desde aquella legalidad, se derrumbó todo el edificio construido durante cuatro décadas. A las siete Leyes Fundamentales se agregó la Ley 1/1997, de 4 de enero, para la Reforma Política, aprobada en Referéndum en diciembre del año anterior. Su disposición final declaraba “la presente ley tendrá rango de Ley Fundamental”. A través de ella, sin embargo, se descomponía parcialmente la estructura franquista y se derogaban sus principios inspiradores. Los medidos silencio de su articulado, producto de la situación política del momento, motivaron que no se incluyera ninguna cláusula derogatoria, aún cuando se reconocía de forma implícita que el Régimen franquista estaba finiquitado”. Véase Ortego Gil, P., Comentario al apartado primero, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, op. cit., pág. 2856.

Así, en lo que atañe al primer supuesto, se produjo una derogación explícita y específica de varias disposiciones que fueron citadas por su título, fecha y número, concretamente, con respecto de todas y cada una de las Leyes Fundamentales del Estado Franquista, que resultaron individualmente derogadas en su totalidad, “*con el fin de asegurar la desaparición del marco de Derecho público del régimen anterior como resultado de la aparición del nuevo sistema democrático*”⁴⁵².

Pero también fueron derogadas en razón de la segunda disposición, en forma expresa y determinada, las leyes derivadas del final de las guerras carlistas, con el propósito de eliminar cualquier duda sobre su posible persistencia en el ordenamiento⁴⁵³.

Ahora bien, en lo que toca a la derogación expresa con carácter genérico prevista en el párrafo 3º de la disposición aludida, las normas que son incompatibles frente a la nueva Constitución son sancionadas con la pérdida de su vigencia o vigor.

452 Véase Molas, I., Derecho Constitucional, op. cit., pág. 212.

453 Ver Molas, I., Derecho Constitucional, op. cit., pág. 212.

Así, en aplicación de esta disposición, el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución Española de 1978 es un problema de derogatoria y no un juicio de validez, razón por la cual, por una parte, ese efecto derogatorio debería ser declarado por cualquier órgano jurisdiccional al resolver un conflicto de intereses en que se discuta la aplicación y la vigencia de esa norma preconstitucional y, por otra, se debería descartar cualquier pretensión de aplicar sobre tales normas anteriores a la Constitución un juicio de validez y, por ende, la institución contradictoria (como se ha llamado con anterioridad) de la inconstitucionalidad sobrevenida.

Pero a la misma conclusión se debería arribar aún en el supuesto que la Constitución Española de 1978 no contemplase dicha cláusula de derogatoria general de los preceptos preconstitucionales, teniendo en cuenta no sólo los alcances del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, plenamente exigible frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes constituidos, sino también, porque dicha derogatoria aún se produciría de manera tácita y no expresa, sobre *“aquellas normas que al regular la misma materia que la nueva: a) se opongan a ésta de tal manera que sean incompatibles, o b) hayan sido absorbidas por la nueva regulación”*⁴⁵⁴.

454 Véase Molas, I., Derecho Constitucional, op. cit., pág. 212.

De ahí que el efecto derogatorio de las normas preconstitucionales por el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución se producía con independencia de si la nueva Norma Fundamental contempla o no una cláusula similar a la alemana, española o costarricense, justamente ante la posibilidad que ésta finalmente se produzca de manera tácita y no expresa.

Tal vez la pretensión de confundir ambas instituciones (el juicio de validez y el control de constitucionalidad sobre la derogatoria de las normas preconstitucionales), como lo indica Muñoz Machado, tiene por fin brindar el mayor grado de certeza y seguridad posibles en la configuración del ordenamiento, pues si se trata este asunto como un mero problema de derogación, todos los órganos jurisdiccionales pueden intervenir y están habilitados para resolver ese conflicto con sus propios criterios, motivo por el cual sus conclusiones podrían no ser las mismas que las seguidas por otros tribunales frente a la misma norma⁴⁵⁵. La situación resultante, según Muñoz Machado, sería “*de disparidad y de desigual aplicación territorial de una misma norma preconstitucional*”⁴⁵⁶.

455 Ver Muñoz Machado, S., Constitución, op. cit., págs. 141 y 142.

456 Véase Muñoz Machado, S., Constitución, op. cit., pág. 142.

Sin embargo, el mismo autor señala que la falta de vigencia de las normas anteriores puede ser concluida por cualquier operador jurídico y, desde luego, por los jueces y tribunales ordinarios. De ahí que “*cuando el artículo 163 de la Constitución obliga a éstos a plantear cuestiones de constitucionalidad respecto de normas con rango de ley [en vista que el Tribunal Constitucional Español disfruta del monopolio del rechazo, motivo por el cual es el único habilitado para declarar la inconstitucionalidad y, por ende, la nulidad de una disposición post-constitucional con rango de ley] advierte que debe tratarse de una norma aplicable al caso, de que esté conocimiento el órgano jurisdiccional, circunstancia aquélla que, por definición, no puede darse en la hipótesis de que la norma haya sido derogada*”⁴⁵⁷.

Pero es preciso insistir que la Constitución Española establece dos vías para la depuración del ordenamiento, en el supuesto que el juicio previo de constitucionalidad (utilizándose la terminología empleada por Isidre Molas) que realiza el juez ordinario sea negativo: “*a) en el caso de las normas post-constitucionales se abre la vía de la cuestión de inconstitucionalidad para que el Tribunal Constitucional emita juicio de validez (en el ínterin el juez debe abstenerse de resolver el caso, pero la norma sigue vigente y aplicable porque se le presume su validez); b) en el caso de normas preconstitucionales el juicio de constitucionalidad desemboca sólo*

457 Ver Muñoz Machado, S., Constitución, op. cit., pág. 141.

en un juicio de vigencia y traduce en la determinación concreta del acto genérico de la derogación ya realizado por la norma constitucional”⁴⁵⁸.

Otra solución, en el supuesto en que el juez ordinario siempre plantee la cuestión ante el Tribunal Constitucional sobre una norma preconstitucional, según Aragón, “*sería la de que el Tribunal dictase un auto motivado, de inadmisión, por entender que la cuestión no es de inconstitucionalidad, sino de derogación, explicando, en el supuesto en que el Tribunal Constitucional estime que la ley consultada está derogada, que precisamente no cabe la cuestión (ni la declaración) de inconstitucionalidad respecto de ella porque se trata de una ley (o de un precepto) que ya no está en vigor por haber sido derogado por la Constitución*”⁴⁵⁹.

En este orden de ideas, de acuerdo con el mismo autor, el Tribunal Constitucional “*como cualquier otro órgano jurisdiccional, puede y debe pronunciarse sobre la vigencia de una ley cuando la cuestión le fuera planteada, además de que semejante juicio del Tribunal tiene cabida, también perfectamente, en el auto de inadmisión*”⁴⁶⁰.

458 Véase Molas, I., Derecho Constitucional, op. cit., pág. 213.

459 Ver Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, op. cit., pág. 204.

460 Véase Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, op. cit., pág. 204.

Lo anterior, sin embargo, no es compartido por Díez-Picazo, quien al efectuar un comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional Español de 24 de julio de 1984 (en que se consideró derogada, por obra de la Constitución, la habilitación al Gobierno para regular por vía reglamentaria determinada materia, pero afirmando la legitimidad constitucional de limitar el establecimiento de oficinas de farmacia, sin que ello implique necesariamente la invalidez de las disposiciones reglamentarias dictadas al amparo del párrafo 9º de la base XVI de la Ley de Bases de la Sanidad Nacional), señaló: *“una vez que el Tribunal Constitucional entre a conocer de la conformidad o disconformidad con la Constitución de una ley preconstitucional, ello se debe plasmar en una declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad; jamás, en una declaración de derogación. El juicio de derogación corresponde a los jueces y a los tribunales ordinarios, ya que utiliza como criterio el de lex posterior, abstracción hecha de que ésta sea de superior rango jerárquico. Como dice García de Enterría: “el Tribunal Constitucional no entiende del problema de derogaciones de normas”. Su jurisdicción comprende únicamente el juicio de inconstitucionalidad y, por tanto, implica la utilización del criterio jerárquico o de la rigidez constitucional. Frente a esto sería claramente artificioso argüir que el Tribunal Constitucional puede declarar la derogación apoyándose en que no sería un juicio de inconstitucionalidad respecto de la disposición derogatoria 3 de la Constitución, porque se trataría más bien de una pura aplicación de la misma. El Tribunal Constitucional no existe, como él mismo lo ha declarado repetidamente, para*

*aplicar el derecho, sino para velar por la rigidez constitucional; de lo contrario, estaría integrado en el Poder Judicial*⁴⁶¹.

Es claro que las anteriores afirmaciones contradicen claramente las ideas que se han defendido en esta investigación, en el sentido de potenciar el carácter normativo de la Constitución. En este orden, a todas luces es evidente que los tribunales ordinarios, como el Tribunal Constitucional, realizan funciones jurisdiccionales y, por ende, tienen la potestad de examinar cuál es el derecho aplicable para resolver un conflicto de intereses y, en concreto, de efectuar el examen de vigencia de una norma preconstitucional con respecto a la Constitución.

Lo anterior no sólo es exigido, como se ha insistido en esta investigación, por las cláusulas de derogatoria general que normalmente contienen las Constituciones, sino también por la fuerza normativa de los preceptos de la Carta Magna, motivo por el cual están dotados de coercitividad y son plenamente exigibles frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos, aún con independencia de la posibilidad

461 Véase Díez-Picazo, L. M., Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 1984), en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, núm. 13, enero-abril 1985, pág. 150.

de ser aplicados directamente por el operador jurídico, o si exigen un derecho normativo ulterior, como se ha visto.

Una conclusión distinta de las anteriores sin duda incide sobre el carácter normativo (inmediato y directo) de la Constitución Española, según ha sido plasmado por su artículo 9.1, en cuya virtud: “*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico*”. Así, es claro que esta vinculación no sólo afecta a los particulares, sino también a los poderes públicos en el mayor sentido o grado máximo, o como se ha sostenido en el Constitucionalismo Norteamericano (*higher, superior obligation*) y, luego, por los alemanes (*stärkere bindung, gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes*)⁴⁶².

En suma, y de acuerdo con Molas, “*al definirse [la Constitución] como una norma que deroga de manera explícita y genérica las normas anteriores que se lo opongan, atribuye a los jueces y tribunales el deber de determinar, mediante la interpretación, cuando existe opción de una norma preconstitucional a la Constitución a través de un juicio de constitucionalidad: si existiere, aquellas han sido derogadas y, en consecuencia, deben ser inaplicadas; si no existiere son vigentes*”⁴⁶³.

462 Ver García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y ..., op. cit., pág. 70.

463 Véase Molas, I., Derecho Constitucional, op. cit., pág. 213.

Una vez comentados los alcances o las distintas implicaciones de la cláusula de derogatoria general que establece la Constitución Española sobre las normas preconstitucionales que le son incompatibles, así como la manera en que deberían conducirse tanto el Tribunal Constitucional Español, como los tribunales ordinarios en estos supuestos, a continuación serán examinados los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional, los cuales han sido parcialmente adelantados en los capítulos anteriores, al analizar en concreto las relaciones entre la validez y la vigencia de una norma jurídica, el efecto derogatorio y la declaratoria de inconstitucionalidad, así como el principio de la ultra-actividad de las normas jurídicas, y la posibilidad de someter al control de constitucionalidad los efectos ultra-activos de las normas derogadas pre y post-constitucionales.

IV.B. Los criterios jurisprudenciales sostenidos por el Tribunal Constitucional Español.

Sobre el particular el Tribunal Constitucional Español, desde la conocida STC 4/1981 de 2 de febrero⁴⁶⁴, se declaró competente para

464 De acuerdo con Borrajo Iniesta, el Tribunal Constitucional Español, al dictar las sentencias STC4/1981 y STC11/1981 debía juzgar sobre la posibilidad que la derogación fuese juzgada por los Tribunales de Justicia. Es decir: "*apreciar la compatibilidad entre las*

conocer sobre la conformidad a la Constitución de las normas que en esa ocasión fueron impugnadas, mediante una interpretación en la cual claramente confundió las nociones de vigencia y validez, así como la derogatoria y la declaración de inconstitucionalidad, pese a los alcances de la cláusula de derogatoria general que estipula la Constitución⁴⁶⁵, la cual lógicamente obliga a cualquier Órgano que participe de la Administración de Justicia (es decir, los tribunales ordinarios y el Tribunal Constitucional) a tener por derogada toda aquella disposición que sea incompatible frente a la Norma Fundamental, como se sostiene en el voto particular de Rubio Llorente.

normas que confluyen en la regulación de la situación jurídica enjuiciada y, en caso de antinomia, darle solución forma parte inquévocamente de la potestad de juzgar que la Constitución atribuye al Poder Judicial (art. 117 CE) y se encuentra específicamente autorizada por las leyes (art. 2.2 del Código Civil, redacción de 1974). Ello suscitaba la duda de si el novísimo Tribunal creado por la Constitución tenía o no competencia para aplicar su disposición derogatoria y, en caso afirmativo, cómo afectaba la competencia del intérprete supremo de la Constitución a los restantes Tribunales". Véase Borrajo Iniesta, I., Comentario al apartado tercero, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, op. cit., pág. 2856

465 En este sentido, en esa sentencia se dijo: "El Tribunal Constitucional -art. 161.1 a) de la Constitución- es competente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de Ley, y de la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces y Tribunales de acuerdo con el art. 163 de la propia Constitución. Mediante estos procedimientos, dice el art. 27 de su Ley Orgánica, «el Tribunal Constitucional garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las Leyes, disposiciones o actos impugnados». De acuerdo con los preceptos expuestos, no puede negarse que el Tribunal, intérprete supremo de la Constitución, según el art. 1 de su Ley Orgánica, es competente para enjuiciar la conformidad o disconformidad con aquella de las leyes preconstitucionales impugnadas, declarando, si procede, su inconstitucionalidad sobrevenida y, en tal supuesto, la derogación operada por virtud de la Disposición Derogatoria".

De acuerdo con Aragón, la solución del Tribunal Constitucional Español es una híbrida, en la cual: *“el problema (dirá con otras palabras la sentencia) ni es únicamente de derogación (solución alemana y competencia exclusiva, por ello, de la jurisdicción ordinaria) ni básicamente de inconstitucionalidad (solución italiana y competencia exclusiva, por ello, de la jurisdicción constitucional), sino de derogación e inconstitucionalidad a la vez (solución española y competencia concurrente, por tanto, de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional)”*⁴⁶⁶.

Con posterioridad, en la STC de 8 de abril de 1981 el Tribunal Constitucional Español se pronunció respecto de un recurso de inconstitucionalidad dirigido contra el Real Decreto-ley de 4 de marzo de 1977, en que se regulaba el derecho de huelga. En esta sentencia, este Órgano Jurisdiccional afirmó que no existe una auténtica contradicción entre el problema vigencia-derogación y el problema de constitucionalidad-inconstitucionalidad. Asimismo, también señaló que en la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es la premisa de la derogación⁴⁶⁷.

466 Véase Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, op. cit., págs. 190 y 193.

467 En concreto: en dicha sentencia se dijo: *“hay que señalar que no existe una auténtica contradicción entre el problema de vigencia-derogación y el problema de constitucionalidad-inconstitucionalidad. No es enteramente exacta la opinión de que el tema de la vigencia o*

Sobre el particular, desde el capítulo anterior se indicó la confusión que se realiza en ambas decisiones sobre las nociones de vigencia y validez, así como el hecho que el control de constitucionalidad únicamente se verifica respecto de normas vigentes o sobre los efectos ultra-activos de normas derogadas⁴⁶⁸. De modo que el examen de vigencia (y la derogatoria como sanción al juicio de incompatibilidad con la Constitución) es previo al de validez, en los términos en que está regulado en la cláusula de derogatoria general de la Constitución Española y de su fuerza normativa.

derogación es previo al de la constitucionalidad, porque respecto de normas derogadas no cabe ni siquiera plantearse el tema de su constitucionalidad. En puridad, ocurre más bien lo contrario. En la medida en que la derogación se produce por contradicción con la Constitución, la contradicción con la Constitución es una premisa de la derogación. Nosotros entendemos por inconstitucionalidad simplemente el juicio de contraste entre las dos normas, al que subsigue una consecuencia jurídica. Mas inconstitucionalidad no es la consecuencia, sino, simplemente, la premisa de esa consecuencia. Por eso puede decirse que la inconstitucionalidad de las leyes anteriores conduce a unas consecuencias que pueden ser concurrentemente la derogación y la nulidad”.

468 Al respecto Borrajo Iniesta sostiene, pese a que parte del contenido de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional Español STC4/1981 y STC11/1981, y no del razonamiento realizado en el voto particular de Rubio Llorente, como es lo correcto: “Aunque la derogación y la nulidad de una ley nazcan de la misma causa, la contradicción con la Constitución (con las matizaciones apuntadas antes) los efectos de la derogación y de la invalidez son muy distintos. La derogación obedece a un cambio del criterio del legislador, la invalidez, en cambio, a que la ley ha vulnerado límites imperativos. El fin de las nuevas leyes es innovar el Derecho, no criticar las disposiciones pretéritas; por el contrario la invalidez siempre implica una censura de la norma, ora por su modo de producción, ora por su contenido”. Véase Borrajo Iniesta, I., Comentario al apartado tercero, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, op. cit., pág. 2870.

Así había sido entendido con anterioridad esta situación por los tribunales ordinarios, quienes no tardaron en considerar derogadas algunas leyes por la Constitución, particularmente en materia de derechos fundamentales⁴⁶⁹.

A pesar de lo anterior, el Tribunal Constitucional Español ha mantenido sus criterios sin mayores modificaciones en su jurisprudencia⁴⁷⁰ y, a modo de ejemplo, es preciso mencionar las siguientes decisiones:

- la STC 10/1981 de 6 de abril, en que se resolvió un recurso de amparo interpuesto por un ciudadano español contra las resoluciones de la Dirección General de Seguridad, de 12 de

469 Sobre el particular, Pérez Tremps menciona las siguientes decisiones SSTs 9 y 10/1979 y STS 9/1979 y explica: *"el hito de tal práctica lo marcan las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 10 de mayo de 1979 (Ponente F. Ledesma), confirmadas por las Sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 3 de Julio de 1979, relativas a la inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de las entidades "Grande Oriente español" y "Grande Oriente Español Unificado". En la primera de las sentencias del Tribunal Supremo se señala que respecto de los derechos fundamentales debe realizarse una hermenéutica favorable a la aplicación de tales derechos a través de la aplicación de las leyes anteriores, en tanto ellas resulten vigentes por no oponerse al texto constitucional, debiendo resaltarse que para ello no es necesario acudir a la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida, usada en algunas ocasiones en situaciones de transición, cual la que atraviesa España al pasar de las viejas leyes fundamentales a la nueva Constitución, por cuanto el punto tercero de la disposición derogatoria de ésta, deja sin efecto cuantas disposiciones se le opongan"*. Al respecto véase Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, op. cit., pág. 149.

470 Véase Muñoz Machado, S., Constitución, op. cit., pág. 144.

noviembre de 1970 y de 18 de febrero de 1971, confirmadas por la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1975, por la que se desestimó la solicitud de anulación del expediente de jubilación por imposibilidad física y de colocación en el escalafón en el lugar que le correspondiera con los funcionarios de su oposición; en esta sentencia se consideró que el segundo párrafo del artículo 28.2 de la Ley de 1966 lesionaba el principio de igualdad ante la Ley sancionado en el artículo 14 de la Constitución y, por lo tanto, debe considerarse derogado en virtud de lo establecido en la Disposición Derogatoria, punto 3, de ésta⁴⁷¹; nótese, sin

471 Sobre el tema que ocupa en esta sentencia, el Tribunal Constitucional Español consideró: «Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, como se ha sostenido por el Pleno de este Tribunal Constitucional en la Sentencia de 2 de febrero de 1981, por la que se resolvió el recurso de inconstitucionalidad núm. 186/80, «la peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste... en que la Constitución es una Ley superior - criterio jerárquico- y posterior -criterio temporal-», de donde se deduce que «la coincidencia de este doble criterio da lugar -de una parte- a la inconstitucionalidad sobrevenida y, consiguiente invalidez, de las que opongan a la Constitución, y -de otra- a su pérdida de vigencia a partir de la misma, para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación». Con base a la estricta aplicación del criterio temporal -la Constitución como lex posterior- debe entenderse derogada la Ley de Derechos Pasivos en lo relativo al párrafo segundo del número 2 de su art. 28. Ahora bien, si la derogación produce la pérdida de vigencia de una norma, de modo que no puede ser aplicada para regular situaciones nuevas, no puede decirse lo mismo, respecto de la regulación de aquellas situaciones que habiendo surgido con anterioridad a dicha derogación produzcan, sin embargo, efectos con posterioridad a la misma. De acuerdo con este criterio, los efectos de la derogación del art. 28.2, segundo párrafo, de la Ley de Derechos Pasivos impedirían la aplicación de este precepto a la regulación de situaciones surgidas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, es decir, a las

embargo, que si bien en esta sentencia el Tribunal Constitucional efectivamente tuvo por derogado el precepto que resultaba incompatible frente a la Norma Fundamental, confunde en su argumentación las nociones del efecto derogatorio y la inconstitucionalidad sobreviviente de la norma, pese a que como se ha visto responden a dos situaciones completamente distintas (vigencia-derogación y validez-nulidad-declaratoria de inconstitucionalidad), las cuales se solapan en la tesis de la inconstitucionalidad sobrevenida, pese a los alcances de la fuerza normativa de la Constitución, que sanciona con la derogación el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución;

concernientes a aquellos funcionarios que, habiendo sido jubilados por causa de imposibilidad física con anterioridad a la promulgación de dicha norma fundamental, se reincorporen al servicio activo con posterioridad a la misma. La situación del recurrente, sin embargo, ha surgido con anterioridad a la Constitución -la reincorporación al servicio activo se produjo, como se ha hecho constar en los Antecedentes, en 1968-, pero no cabe duda de que los efectos de la misma perduran una vez entrada en vigor la Constitución, ya que en la actualidad sigue en activo y aún no le ha llegado el momento de la jubilación forzosa por edad. (...) De acuerdo con lo que acaba de exponerse, la derogación e inconstitucionalidad sobrevenida del art. 28.2, segundo párrafo, de la Ley de Derechos Pasivos, debe llevar a la conclusión de que el recurrente tiene derecho a que se le computen a todos los efectos - activos y pasivos- los servicios prestados desde su reincorporación al Cuerpo Superior de Policía en 1968, dado que no se observa en este caso la concurrencia de ninguna circunstancia específica que obligue a matizar las consecuencias a que conduce la doctrina general expuesta ».

- la STC 17/1981, en la cual el Tribunal Constitucional Español resolvió la cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Magistrado Juez de Primera Instancia núm. 7 de Barcelona, sobre el art. 252.2 y 3 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña, de 21 de julio de 1960, en relación con el art. 39.2 de la Constitución. En esta sentencia el Tribunal se negó a pronunciarse sobre la conformidad con el Derecho de la Constitución de la norma que había sido objeto de la consulta, señalándose con respecto al conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales: *“es claro que los efectos que sobre la validez y la eficacia de las normas se derivan de su contradicción con la Constitución sólo surgen desde el momento en que se produce la contradicción misma, esto es, para las normas promulgadas con posterioridad a la Constitución, desde el momento de su entrada en vigor y para las anteriores al texto constitucional, desde la fecha en que éste inició su vigencia. En el presente caso, y de existir, efectivamente, la contradicción total o parcial entre el art. 252 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña y la Constitución, la derogación total o parcial de aquella norma se habría producido el día 29 de*

diciembre de 1978 y no podría tener repercusión alguna sobre los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a esa fecha, como son los que nacieron en el momento de la muerte (26 agosto de 1975) del causante de la herencia objeto del proceso civil (art. 657 del Código Civil), fecha a la que hay que referir también la calificación de capacidad de los herederos o legatarios (art. 758 del Código Civil). En la medida en que el fallo del Juez haya de basarse precisamente en la existencia o inexistencia de capacidad sucesoria de los designados en el testamento, ese fallo no depende, pues, en modo alguno, del pronunciamiento que este Tribunal pudiera hacer sobre los efectos derogatorios que hayan de atribuirse a la probable contradicción entre la norma cuestionada y la Constitución”; nótese que en este fallo el Tribunal Constitucional Español reconoce la vinculación existente entre el efecto derogatorio y la norma preconstitucional que es incompatible frente a la Constitución, aunque no emite ningún fallo sobre el particular pues no lo consideraba relevante a los efectos del caso que había sido sometido a su conocimiento;

- la STC 8/1983 de 18 de febrero, en que el Tribunal Constitucional Español declaró con lugar el recurso de

amparo, contra la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo pronunciada el 14 de mayo de 1982 en recurso de suplicación interpuesto contra la Sentencia de 28 de octubre de 1981, dictada en el proceso núm. 1641/1981, seguido ante la Magistratura de Trabajo núm. 18 de las de Madrid; en relación al principio de igualdad que está consagrado en el artículo 14 de la Constitución Española y los alcances de la cláusula de derogatoria general de todo el derecho preexistente que se opone a la Constitución, en esta decisión el Tribunal Constitucional Español señaló: *“La igualdad se configura como un valor superior que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución, como norma suprema, proclama. Aquí están, según entendemos, las claves para la respuesta que en este punto se nos pide: la de la eficacia derogatoria de la Constitución de todas aquellas disposiciones que no son susceptibles de reconducir por vías interpretativas al marco constitucional y la de la extensión del amparo que el principio de igualdad reclama a todas aquellas situaciones de desigualdad que persistan a la entrada en vigor de la Constitución”*.

- la STC 66/1983 de 21 de julio, en que el Tribunal Constitucional Español desestimó el recurso de amparo núm. 393/1982, contra la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 1 de septiembre de 1982, por supuesta vulneración de los arts. 24.1 y 25.1 de la Constitución Española. En esta sentencia el Tribunal Constitucional Español aclaró el momento en que se deben tener por derogadas las disposiciones preconstitucionales que contradicen la Norma Fundamental, con arreglo en la siguiente argumentación: *“es preciso tener en cuenta que la norma afectada había entrado en vigor antes de la promulgación de la Constitución, y que ésta en su disposición transitoria tercera proclama que, «quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución», por lo que el momento en que comenzó a tener efecto dicha derogación fue el de entrada en vigor de la Constitución, esto es, y según su disposición final, el día siguiente de su promulgación en el «Boletín Oficial del Estado», el 29 de diciembre de 1978, momento a partir del cual habrían de considerarse derogadas y sin vigencia alguna aquellas disposiciones anteriores que se opusieran a los preceptos constitucionales”*;

- la STC 126/1984, de 26 de diciembre, en la cual fueron conocidos los recursos de amparo acumulados núms. 656/1983 y 10/1984, contra las Sentencias de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, respectivamente, de 11 de julio de 1983 (recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 512.704) y de 25 de noviembre de 1983 (recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 513.816); de este modo, en esta sentencia el Tribunal Constitucional Español insistió sobre la necesidad de agotar todas las posibilidades de interpretación de los preceptos preconstitucionales aludidos con respecto a la Constitución, antes de considerarlos derogados por la fuerza normativa de la Carta Magna⁴⁷²; es

472 Sobre el particular, en dicha sentencia se dijo: "La derogación se habría producido por aplicación de la disposición derogatoria tercera de la Constitución, la cual establece que queden derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la misma. Antes de decidir sobre este punto, hemos de recordar que, como ha señalado el Tribunal cuando se plantea la derogación de una Ley preconstitucional es necesario apurar, en primer lugar, todas las posibilidades de interpretarla de conformidad con la Constitución, y tan sólo debe declararse la derogación de aquellos preceptos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo tal interpretación; dicha valoración, por otra parte, debe hacerse desde la perspectiva que ofrece el caso planteado, sin excluir, cuando no se observa tal incompatibilidad, que en el futuro puedan plantearse otros que pongan de relieve la oposición del precepto con la Constitución [Sentencia 4/1981, de 2 de febrero, «Boletín Oficial del Estado» de 24 de febrero, fundamento jurídico 1 D)]; es decir, en conclusión, que el juicio de la Sala puede extenderse a cuanto exija la solución del caso planteado, sin convertir el recurso de amparo en otro de carácter abstracto (Sentencia 93/1984, de 16 de octubre, «Boletín Oficial del Estado» de 31 de octubre, fundamento jurídico 5)"

decir, únicamente se puede tener por derogada la norma preconstitucional si no resulta posible encontrar de ella alguna interpretación que sea compatible con el Texto Constitucional, como se adelantó en el capítulo anterior al analizar muy brevemente las hipótesis y los supuestos de la interpretación conforme con la Constitución.

- la STC 42/1987 de 7 de abril, en que se resolvió el recurso de amparo contra las Resoluciones del Gobernador Civil de Baleares de 16 de enero de 1981, y del Ministerio del Interior, de 3 de octubre del mismo año, por las que se impuso una multa por infracciones del Reglamento de Casinos de Juego de 9 de enero de 1979. En esta decisión se consideró contrario a las exigencias constitucionales del artículo 25.1 de la Constitución Española, no sólo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carente de toda base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido material propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias

sancionadoras; en lo que atañe al conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Carta Magna, en este fallo se pone especialmente de relieve la confusión existente en cuanto a las implicaciones y a los alcances de los institutos de la inconstitucionalidad de una norma jurídica y la derogación por su incompatibilidad por la Constitución, al señalarse en este pronunciamiento que: *“cualquiera que sea la validez y aplicabilidad de las normas preconstitucionales incompatibles con el principio de legalidad que garantiza el art. 25.1 C.E., es claro que, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia. Si el reenvío al reglamento contenido en una norma legal sin contenido material alguno no puede ya producir efectos, con mayor razón aún debe predicarse esta falta de eficacia respecto a la remisión de segundo grado establecida en una norma sin fuerza de Ley. Y ello aunque esta última contenga una regulación suficiente, si bien incompleta, de las conductas ilícitas y las sanciones aplicables, ya que tal regulación no sana las insuficiencias atribuibles a la propia Ley que le sirve de cobertura, en atención al cumplimiento de la reserva constitucional de Ley”*

- la STC 37/1988 de 3 de marzo de 1988, en que el Tribunal Constitucional Español conoció el recurso de amparo contra el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por el que se inadmite recurso de casación contra Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Madrid. Sobre el particular, en esta sentencia se dispuso, con respecto del conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales *“No se trata, como sugiere el representante procesal de Félix Checa, de que hubiera debido la Sala plantear ante este Tribunal cuestión de Inconstitucionalidad sobre el art. 876, párrafo segundo, pues pudo resolver (si lo hubiera planteado) el juicio de constitucionalidad de aquella norma sin necesidad de acudir al Tribunal Constitucional, ya que nos encontramos ante una norma preconstitucional y respecto a ellas no rige el monopolio del juicio de constitucionalidad que este Tribunal tiene respecto a las normas con rango de ley posteriores a la Constitución (art. 163 C.E. y arts. 35 y siguientes LOTC). Lo que pudo y debió hacer la Sala Segunda es inaplicar el inciso final del párrafo segundo del art. 876 de la L.E.Cr. («si lo segundo, se tendrá por desestimado») y entenderlo derogado de acuerdo con el apartado tercero de la Disposición derogatoria de la Constitución, por ser contrario al art. 24.1 de la Constitución”*.

- la STC 169/1993 de 27 de mayo, en que el Tribunal Constitucional resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 1.030/89 y 2.595/89, planteadas, respectivamente, por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo y por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid sobre el artículo 47 de la Ley de Contratos del Estado (en concreto, el párrafo tercero del artículo 47 del Decreto Ejecutivo STC923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado; sobre el particular, y en cuanto al carácter preconstitucional de la norma que había sido objeto de consulta, en esas cuestiones de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional Español, dispuso: *“estamos, pues, ante cuestiones que afectan a una disposición de ley preconstitucional, sin que ello -de conformidad con doctrina constante de este Tribunal- sea obstáculo para su viabilidad; los vicios acaso afectantes a la legalidad preconstitucional pueden dar lugar, en efecto, ya al planteamiento de un proceso como el presente ya a la inaplicación ad casum por cualquier órgano judicial de la norma que se estima incompatible con la Constitución”*.

Finalmente, es importante mencionar la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1997, en cuya virtud se consideró derogado por resultar por incompatible a los artículos 24 y 106 de la Constitución Española, el artículo 126.2 de la Ley de Expropiación Forzosa. En esta sentencia se dijo: *“ha sido dejado sin efecto por la fuerza de la disposición derogatoria de la Constitución, por tratarse de una ley anterior a la entrada en vigor de ésta y, en consecuencia, tenemos la facultad de no aplicar aquel precepto incurso en inconstitucionalidad sobrevenida sin necesidad de plantear cuestión ante el Tribunal Constitucional”*.

CAPÍTULO V.

LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES EN EL SISTEMA DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL COSTARRICENSE.

Como lo apuntó Bidart Campos, “*la fuerza normativa (de la Constitución) luce intensamente cuando, en vez de apelar a la inconstitucionalidad sobreviniente, se afirma que una nueva constitución, o una reforma que se introduce a la Constitución, implican efecto derogatorio automático respecto de todas las normas infraconstitucionales anteriores que están en contradicción con las normas constitucionales novedosas*”⁴⁷³.

Esta fuerza normativa de la Constitución, siguiendo a Armijo Sancho, surge a partir de su reconocimiento como norma jurídica y, por ende, de su capacidad de producir efectos jurídicos, motivo por el cual nadie en el Estado puede colocarse sobre ella, lo cual también comprende al legislador⁴⁷⁴.

473 Ver Bidart Campos, G., El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Editora Ediar, Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1995, pág. 277.

474 Véase Armijo Sancho, G., Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2007 pág. 19. Otro estudio relevante sobre el tema se puede encontrar en Hess Herrera, I., Relaciones Políticas y Jurídicas entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa, tesis de licenciatura, inédita, Universidad de Costa Rica, San José, 1993, pág. 28.

Todas estas consideraciones sin duda suponen la existencia de controles para asegurar el respeto de la Norma Fundamental. Uno de ellos, como se vio, es precisamente la existencia de los tribunales constitucionales y su obligación de velar por la adecuación de todos los actos y las omisiones de las autoridades públicas con poder normativo al Derecho de la Constitución.

Esta atribución de los tribunales constitucionales en otras latitudes ha sido objeto de gran controversia por parte de los otros poderes constituidos, particularmente del legislativo en el sistema costarricense, todo lo cual ha generado varias iniciativas de reformas a la Constitución Política y a la Ley de la Jurisdicción Constitucional, para disminuir el alcance de las competencias de la Sala, u otro tipo de repercusiones a partir de determinadas sentencias de este Órgano Jurisdiccional⁴⁷⁵, lo cual en el

475 Un ejemplo de lo anterior son las diversas medidas tomadas por la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica, luego de la sentencia dictada por la Sala Constitucional en el caso de la reelección presidencial. Esta situación fue expuesta por el Magistrado Armijo Sancho de la siguiente forma: *"al no prosperar ninguna de las acciones, el foro legislativo se convirtió en el principal centro de presión de la Sala Constitucional. Así, por ejemplo, al vencerse el plazo para el que habían sido nombrados, los magistrados presidentes de la Sala Constitucional y de la Corte Suprema (que también integra la Sala) fueron sometidos a una serie de cuestionamientos en cuanto a la eficacia de la prestación del servicio y tuvieron cierta dificultad para alcanzar los votos necesarios para la reelección. Al mismo tiempo, se aprobó una modificación presupuestaria para eliminar los gastos de representación de los magistrados de la Corte Suprema, y se llevó a cabo una reforma legal para que todos aquellos empleados estatales que tuvieran un*

fondo no sólo tiende al debilitamiento de la noción de la Constitución como norma suprema y piedra angular del ordenamiento⁴⁷⁶, sino también la idea de la Constitución como instrumento de control de poder⁴⁷⁷, y la tutela de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, como en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos aplicables en la República.

Pero la doctrina costarricense también ha desarrollado con profundidad las diversas implicaciones que supone el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución. En este sentido se ha señalado que “e/

suelo equivalente a un miembro de la Corte, por ese año, perdieran el derecho a los aumentos anuales, lo que de hecho significó una disminución del salario a perpetuidad para estos funcionarios”. Ver Armijo Sancho, G., Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, op. cit., pág. 26. Otro caso, siempre en el sistema de justicia constitucional costarricense, ha sido la duración excesiva por parte de la Asamblea Legislativa, en designar al Magistrado que sustituiría al anterior presidente de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Solano Carrera, lo cual ha dejado al Tribunal Constitucional sin uno de sus integrantes titulares por espacio de uno año y nueve meses, aproximadamente, hasta la designación posterior de Castillo Víquez.

476 Véase Armijo Sancho, G., Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, op. cit., pág. 34.

477 Sobre el particular, la doctrina costarricense ha afirmado: “*existe una relación inmanente entre el efecto directo e inmediato de la Constitución y los controles, pues son ellos los que posibilitan el carácter vinculante de la norma constitucional. Lo anterior significa que en el marco del Estado de Derecho, como Estado constitucional existe un nexo indisoluble entre Constitución y control*”. Véase Jinesta Lobo, E., Tratado de derecho administrativo. Tomo III. Procedimiento administrativo, Editorial Jurídica Continental, primera edición, San José, 2007, págs. 34-35. En el derecho comparado también se puede analizar Aragón, M., Constitución y Control de Poder, Universidad Externado de Colombia, 1999.

*derecho de la constitución, conformado por las normas, principios, valores constitucionales y la jurisprudencia de la Sala Constitucional vincula a todos los poderes públicos y a los ciudadanos. La Constitución es una norma jurídica, fuente de derecho en sentido propio, y que, por ende, integra e informa todo el ordenamiento jurídico*⁴⁷⁸.

Así, para Jinesta Lobo el valor normativo directo e inmediato de la Constitución está contemplado en los artículos 11, 18, 154 y 197 de la Norma Fundamental; de esta manera, en lo que atañe a las normas preconstitucionales, señala que: *“el artículo 197 dispuso mantener vigente el ordenamiento jurídico existente a partir de la entrada en vigencia de la Constitución -8 de noviembre de 1949- “[...] mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la presente Constitución”.* Lo anterior implica, ante todo, que el carácter meramente programático que se les atribuía a los preceptos constitucionales ha quedado absolutamente superado y desfasado con el reconocimiento de su eficacia jurídica directa e inmediata⁴⁷⁹.

478 Ver Jinesta Lobo, E., Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, op. cit., págs. 228-229.

479 Véase Jinesta Lobo, E., Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2007, págs. 229.

Bajo esta inteligencia Solano Carrera, en su trabajo: *“Supremacía y Eficacia de la Constitución. Con referencia al Sistema Costarricense”*, ha mencionado varias sentencias de la Sala Constitucional en que justamente ha potenciado la aplicación directa de la Constitución⁴⁸⁰. En la primera de ellas, la No. 2000-4453 de 24 de mayo, la Sala Constitucional señaló: *“en forma reiterada esta Sala ha indicado que todas las autoridades de la República deben aplicar directamente la Constitución Política, según se concluye de la relación armoniosa de los artículos 11 y 194 de la Constitución, pues no se puede “observar y defender la Constitución” si se le ignora al resolver una determinada situación sobre la que ella regula o se aplica la legislación secundaria sobre lo dispuesto por ella”*⁴⁸¹.

De ahí surge precisamente la potestad de todo órgano jurisdiccional (incluyendo lógicamente a la Sala Constitucional), a la hora de dilucidar cual es el derecho aplicable al caso concreto, de tener por derogada toda disposición normativa anterior a la Constitución que le resulta incompatible. No puede ser distinta esta conclusión si se tiene en

480 Ver Solano Carrera, L. F., Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense, op. cit., págs. 40 y 41.

481 Por su parte, en la sentencia No. 2003-11673 de 14 de octubre, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica explicó: *“el carácter especial de los preceptos citados, contemplados en la Constitución Política y en los Tratados internacionales sobre Derechos Humanos obliga tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos en general a la observancia de los derechos y libertades en ellos reconocidos. El éxito de la efectiva protección de los derechos fundamentales en el Estado Democrático de Derecho radica no sólo en su consagración constitucional, sino en su directa aplicabilidad, sin necesidad de norma ulterior que los desarrolle”*.

consideración la exigencia del artículo 197 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

A pesar de lo anterior, ni la Corte Suprema de Justicia (cuando tenía la función de realizar el control de constitucionalidad) ni la Sala Constitucional, han aceptado pacíficamente estos criterios. Por el contrario, dichos órganos han potenciado varias tesis para resolver el conflicto normativo que supone esta situación, todas las cuales serán expuestas en este capítulo, no sin antes efectuar un repaso sobre las competencias que con anterioridad desplegaba la Corte Suprema de Justicia, como intérprete último de los preceptos constitucionales y el control de constitucional, y comentar la manera en que fue implantado en el ordenamiento jurídico costarricense la idea de la superioridad normativa de la Constitución y la justicia constitucional.

Sección. I Los criterios desarrollados por la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

La Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, cuando ejercía el control de constitucionalidad, desarrolló varios criterios sobre el tema de las normas preconstitucionales. Así, en una ocasión consideró que

el control de constitucionalidad era imposible sobre las leyes anteriores a la Constitución que le resultaban opuestas, dado que al quedar derogadas por la Norma Fundamental, eran inexistentes⁴⁸².

Con posterioridad, en otras decisiones admitió la posibilidad de someter al control de constitucionalidad las normas preconstitucionales, en algunos casos sin realizar advertencia alguna en cuanto al hecho que su período de vigor era anterior al de la Constitución. En otras palabras, el carácter preconstitucional de la norma cuya constitucionalidad había sido enjuiciada por la Corte Suprema de Justicia había sido inadvertido por el juez constitucional.

De esta manera, en esta sección serán examinadas las líneas jurisprudenciales que, sobre el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución, ha esbozado la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, cuando realizaba el control de constitucionalidad. Además, se ha considerado apropiado dedicar unas páginas sobre la manera en que fue implantado en el ordenamiento jurídico costarricense dicho control, el principio de supremacía de la Constitución y su fuerza normativa, así como la manera en que se verificó la Justicia

482 Al respecto, se puede revisar Ortiz Ortiz, E., Justicia Administrativa Costarricense, op. cit., pág. 62.

Constitucional durante el período de vigencia de la anterior Constitución de 1871, todo lo cual será expuesto a continuación.

De acuerdo con Jurado Fernández, *“con excepción de la Ley de Bases y Garantías y la Constitución de 1848, todas las constituciones costarricenses dictadas a partir de la Federal de 1824, y hasta la de 1871, consignaron el control de constitucionalidad como control político ejercido por el poder legislativo”*. Así, la Constitución de 1859, en su artículo 11, fue la primera que consagró de manera expresa el principio de supremacía normativa de la siguiente forma: *“toda ley, decreto u orden, ya emane del Poder Legislativo, ya del Ejecutivo, es nula y de ningún valor siempre que se oponga a la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos prevenidos por la Constitución o las leyes”*. Con posterioridad esta disposición fue reiterada en otras constituciones (entre ellas las de 1869 y 1871), hasta lograr el artículo 10 de la Constitución hoy vigente⁴⁸³. A pesar de lo anterior, si bien se reconoció al Texto Fundamental de 1871 el carácter de norma suprema, en un principio el control de constitucionalidad únicamente se planteó como un control

483 Véase Jurado Fernández, J., El valor de la Constitución y el desarrollo constitucional costarricense, Revista de Historia, No. 41, enero-junio de 2000. Texto tomado de la Antología de Derecho Constitucional I de la Cátedra de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2009, pág. 18.

político, de oportunidad, ejercido por el Parlamento⁴⁸⁴. En este sentido, no fue sino hasta en el año 1890 que los jueces ordinarios comenzaron a ejercer el control de constitucionalidad de las normas, en aplicación del *judicial review* y el método difuso de control, de modo bastante similar a como se desarrollaba en los Estados Unidos de América.

Sobre el particular, el mismo autor aclara que en el caso costarricense la implementación del modelo difuso de control no fue el resultado de un desarrollo jurisprudencial, como en el supuesto de los Estados Unidos de América, sino una consecuencia de la proclamación del principio de supremacía de la Norma Fundamental desde la Constitución de 1859, y porque en el artículo 8.1 de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887 se prohibió a los funcionarios que administraban justicia “*aplicar leyes, decretos o acuerdos gubernativos que fueron contrarios a la Constitución*”⁴⁸⁵. Así, en este período el método difuso de control de constitucionalidad fue compartido con el control político que había sido atribuido al Parlamento, de conformidad con el artículo 132 de la Constitución de 1871, que estipulaba “*El congreso en sus primeras sesiones ordinarias, observará si la Constitución ha sido infringida y si se ha hecho*

484 Véase Jurado Fernández, J., El valor de la Constitución y el desarrollo constitucional costarricense, op. cit., pág. 22

485 Ver Jurado Fernández, J., El valor de la Constitución y el desarrollo constitucional costarricense, op. cit., pág. 23.

efectiva la responsabilidad de sus infractores, para proveer en consecuencia lo conveniente”⁴⁸⁶.

Un ejemplo de lo primero es la sentencia dictada por la Sala de Casación en el caso *Chinchilla vs. Ureña* (sentencia 14:00 horas de 10 de marzo de 1890), en que se dijo:

“....el artículo 395 del Código Civil, que concede al propietario de un previo enclavado entre otros ajenos, sin salida o sin salida bastante a la vía pública, el derecho de exigir paso por los predios vecinos para la explotación del suyo, pagando el valor del terreno y todo otro perjuicio, no es contrario al artículo 29 de la Constitución, porque si bien éste declara inviolable la propiedad y que a nadie puede privarse de la suya, también exceptúa el caso de que medie interés público y es evidente que lo hay en facilitar la explotación de los predios para el aumento de la producción y consiguientemente la riqueza en general, lo cual no podrá verificarse sin la salida a la vía pública”⁴⁸⁷.

De acuerdo con Sáenz Carbonell, aunque en ese fallo se había confirmado que el Poder Judicial tenía plena autoridad para decidir si una norma vulneraba o no la Constitución, la reacción generada por el Poder Ejecutivo y la actitud asumida por el Legislativo produjeron un duro golpe a

486 Ver Sáenz Carbonell, J. F., Orígenes del Control de Constitucionalidad en Revista de Derecho Constitucional, Enero-abril, N°1, 1991.. pág. 39 y 41.

487 Ver Sáenz Carbonell, J. F., Orígenes del Control de Constitucionalidad en Revista de Derecho Constitucional, op. cit., pág 50.

esta potestad. De ahí que: “*a partir de 1915, se empezó a generar en la Sala de Casación una actitud contraria a declarar inconstitucionalidades*”⁴⁸⁸, lo cual se mantuvo hasta en el período en que se abandonó el método difuso de control de constitucionalidad por el concentrado.

En el año 1937 el Parlamento aprobó una reforma a los artículos 962 a 969 del Código de Procedimientos Civiles, otorgándose a la Corte Plena la facultad de declarar, con carácter de monopolio y con votación de al menos dos tercios de la totalidad de los magistrados, la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos o las resoluciones gubernativas⁴⁸⁹. En esta reforma se abandonó el método de control difuso por el concentrado, aunque siempre se mantenía compartido con el político que había sido encomendando al Parlamento, de acuerdo con el texto de la Constitución de 1871. Dicho control compartido (jurisdiccional y político) se mantuvo entonces hasta la abrogación de la Norma Fundamental en 1949, e incluso en alguna ocasión se discutió si el control jurisdiccional era compatible o no frente al contenido de la Constitución.

488 Ver Sáenz Carbonell, J. F., Orígenes del Control de Constitucionalidad en Revista de Derecho Constitucional, op. cit., pág. 51.

489 Véase Sáenz Carbonell, J. F., Orígenes del Control de Constitucionalidad en Revista de Derecho Constitucional, op. cit., pág 63

De acuerdo con Hernández Valle, en la reforma al Código de Procedimientos Civiles se estableció un recurso de inconstitucionalidad, en el que las partes involucradas en un conflicto de intereses cuestionaban, por razones de constitucionalidad y ante el pleno de la Corte Suprema de Justicia, las normas cuya aplicación por los jueces pudiera vulnerar sus derechos subjetivos⁴⁹⁰. Además, se dispuso una modificación al artículo 8.1 de la Ley Orgánica de Tribunales de 1887, en el siguiente sentido: “*No podrán los funcionarios que administran justicia: 1.- Aplicar leyes, decretos, acuerdos o resoluciones gubernativas que sean contrarias a la Constitución, cuando la inaplicabilidad haya sido declarada por la Corte Plena*”, con lo que no queda la menor duda sobre el carácter concentrado del sistema de justicia constitucional costarricense, a partir de ese momento.

En todo caso, la Corte Suprema de Justicia, al realizar las funciones relativas al control de constitucionalidad con sustento en la Constitución de 1949, debió juzgar sobre la conformidad con el Derecho de la Constitución de varias disposiciones preconstitucionales. Las líneas jurisprudenciales que se deducen de esa actividad serán expuestas de seguido, a través del comentario de algunas decisiones adoptadas por ese Órgano Jurisdiccional

490 Ver Hernández Valle, R., El control de constitucionalidad de las leyes, Juriscentro, San José, 1978. pág. 62. Citado por Jurado Fernández, J., El valor de la Constitución y el desarrollo constitucional costarricense, op. cit., pág. 27.

en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales, las cuales ciertamente reflejan cuál era la línea jurisprudencial que sobre el tema esbozaba la Corte Suprema de Justicia.

De esta manera, del análisis de las sentencias aludidas se aprecian, al menos, tres líneas jurisprudenciales que mantuvo la Corte Suprema de Justicia con respecto al conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución: la primera, en que se negaba a conocer esas cuestiones argumentándose que se trataba de un tema de derogación que debía ser conocido por los tribunales ordinarios; la segunda, en que sometía las normas preconstitucionales al control de constitucionalidad sin apreciar siquiera el carácter preconstitucional del precepto cuestionado y, la tercera, en que declaró la inconstitucionalidad de algunas disposiciones incluso por ser incompatibles a la Constitución derogada de 1871, integrándolas en el parámetro de constitucionalidad.

Lo anterior, a pesar de los alcances del artículo 197 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, que sanciona con la derogación los preceptos preconstitucionales que son incompatibles frente a la norma Fundamental.

I.A. La sentencia dictada en la sesión de 5 de marzo de 1970.

Sobre el particular, la posibilidad de someter al control de constitucionalidad las normas preconstitucionales fue debatida extensamente por la Corte Suprema de Justicia, con motivo del recurso de inconstitucionalidad planteado por Fernando Núñez Cambronero contra el Decreto-Ley No. 20 de mayo de 1948, el cual había sido emitido con anterioridad a la Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949.

En este orden de ideas, dicho recurso fue desestimado en la sesión de 5 de marzo de 1970, en cuya virtud fue dictada la resolución de las 09:00 hrs. de 11 de mayo de 1970.

En esta decisión, la Corte Plena por mayoría sostuvo lo siguiente:

- En primer lugar, que no resulta posible enfrentar las disposiciones del Decreto-Ley aludido a la Constitución de 1871, en la medida en que fueron derogadas por la Constitución de 1949, así como

por la ruptura del orden constitucional que se había producido con anterioridad⁴⁹¹;

- En segundo, que la solución que el artículo 197 constitucional establece sobre las normas preconstitucionales que resultan incompatibles frente a la Norma Fundamental es la derogación, de modo que en tales circunstancias el problema no es de inconstitucionalidad, sino de inaplicabilidad por inexistencia de una norma jurídica en virtud de derogatoria, lo cual no le corresponde a la Corte Plena, sino a los tribunales comunes u ordinarios.

Tales razonamientos son en buena medida correctos, si se tiene en consideración las diferencias existentes entre los institutos de la derogación y la declaratoria de inconstitucionalidad, entre la vigencia de una norma y su validez, y la imposibilidad de efectuar su asimilación, todo lo cual se expuso

491 En este fallo se expuso: "es preciso anotar que esos artículos (los de la Constitución de 1871) no pueden tomarse en consideración como normas constitucionales que se opongan al Decreto-Ley N°20 de mayo de 1948, puesto que, como también lo expone el señor Sub-Procurador General, al resultar triunfante el movimiento armado o revolución del año 1948, el orden jurídico constitucional quedó roto y sin efecto en lo sucesivo la Constitución de entonces, aun sin necesidad de que el nuevo Gobierno así lo declarara. Por consiguiente, si no existía Ley Fundamental en vigencia cuando se emitió el Decreto que se impugna, no podría sostenerse que ese Decreto se dictara en contravención con ninguna de las reglas de la misma, para los efectos de declararlo inconstitucional e inaplicable".

con anterioridad. En efecto, es claro que las normas preconstitucionales únicamente pueden ser confrontadas respecto de la Constitución vigente, al haber perdido la de 1871 su vigencia o vigor por la entrada en vigencia de la nueva Norma Fundamental.

También es desarrollada con acierto la solución que el artículo 197 de la Constitución Política establece sobre las normas preconstitucionales que le resultan incompatibles (es decir la derogación de estas disposiciones) lo cual a diferencia del criterio sostenido por la Corte, no sólo puede ser declarado por los tribunales comunes u ordinarios, sino también por ella misma, en cuanto participa de la función jurisdiccional y, por ende, comparte la potestad de todo juez de determinar cual es el derecho aplicable para la resolución de un determinado conflicto.

De igual manera soslaya la Corte Plena la posibilidad de efectuar el control de constitucionalidad de los efectos ultra-activos de la norma derogada, los cuales lógicamente deben adecuarse al Derecho de la Constitución.

I.B. La sentencia dictada en la sesión de 3 de septiembre de 1981

Por su parte, en la sesión de 3 de septiembre de 1981 la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley de Expulsión de Extranjeros No. 13 de 18 de junio de 1884, adicionada por Ley No. 28 de 28 de noviembre de 1936, sin efectuar consideración alguna acerca de la posibilidad o no de tener por derogadas estas disposiciones por la fuerza normativa de la Constitución de 1949. Por el contrario, en este acto la Corte Plena valoró la conformidad de estas normas a la Constitución en términos de validez, sin tener en cuenta los alcances de la cláusula de derogatoria general del artículo 197 de la Norma Fundamental.

Lo mismo se produjo al resolverse el recurso de inconstitucionalidad planteado contra el artículo 967 del Código de Procedimientos Civiles⁴⁹² (en la sesión de 25 de junio de 1982), en el cual la Corte Plena valoró la conformidad de esta norma en términos de validez y bajo los presupuestos del artículo 10 de la Constitución Política, sin tener en consideración la cláusula de derogatoria general, ni los alcances de la fuerza normativa de la Constitución.

492 Esta norma precisamente establecía un mínimo de votos necesarios por parte de los miembros de la Corte para declarar la inconstitucionalidad de una norma.

Esta línea jurisprudencial la mantuvo la Corte Plena en sus sesiones de 28 de junio de 1982, 7 de octubre de 1982, 24 de marzo de 1983, 26 de abril de 1984 y de 13 de septiembre de 1984⁴⁹³. En este sentido, en la sesión de 24 de marzo de 1983, la Corte Suprema de Justicia declaró “*inaplicable*” (mejor dicho la nulidad) del párrafo 2º del artículo 29 de la Ley de Venta de Licores, No. 10 de 7 de octubre de 1936⁴⁹⁴, sin hacer alguna alusión el hecho que se trata de una norma preconstitucional, la cual se debió tener por derogada a partir de lo dispuesto en el artículo 197 de la Constitución Política.

I.C. La sentencia dictada en la sesión de 30 de julio de 1987.

Finalmente, en la sesión de 30 de julio de 1987 se discutió si el artículo 23 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social había sido derogado o no por la entrada en vigencia de la Constitución de

493 Al respecto, se puede consultar Ortiz Ortiz, E., Justicia Administrativa Costarricense, op. cit., pág. 62.

494 En este acto la Corte Suprema de Justicia acordó: “*Declarar con lugar el recurso y, en consecuencia, inaplicable el párrafo segundo del artículo 29 de la Ley de Venta de Licores (Nº10 de 7 de octubre de 1936), pero tan sólo en lo que se refiere a la regla que dice “SALVO QUE PROBARE SU INOCENCIA” y en cuanto esa regla –así concebida- se opone al principio de inocencia que se desprende del artículo 39 de la Constitución Política. Esta declaratoria no implica suprimir la causa de exculpación que el citado párrafo establece, la cual rige para el supuesto de que resultare demostrado que los hechos no ocurrieron en presencia del dueño del establecimiento ni con su consentimiento*”.

1949⁴⁹⁵. En esta ocasión dicho Órgano Jurisdiccional admitió la posibilidad de conocer, en términos de validez, sobre la regularidad constitucional de la norma aludida, considerándose finalmente que se adecuaba al Derecho de la Constitución.

I.D. Análisis Jurisprudencial.

Sobre el particular, sin duda es relevante la crítica de Ortiz Ortiz a la decisión adoptada por la Corte Plena en la sesión de 5 de marzo de 1970 (en cuya virtud dicho Órgano Jurisdiccional se consideró incompetente para conocer el juicio de incompatibilidad frente a la Constitución de una norma preconstitucional, por tratarse de la aplicación de la cláusula derogatoria de la Norma Fundamental, lo cual en su criterio corresponde a los tribunales ordinarios), en el sentido que: *“el anterior razonamiento es un craso error, típico de*

495 En dicho acto se dispuso: *“Por otra parte, la Procuraduría General de la República plantea al contestar el recurso un problema de admisibilidad, consistente en que, de existir algún choque constitucional respecto del artículo 23 de la Ley Constitutiva de la Caja, de lo que allí se derivaría es una derogatoria implícita por la Constitución vigente, al tenor de su artículo 197, por tratarse de una norma establecida en la Ley N°17 de 22 de octubre de 1943, que es anterior a esa Constitución. Cabe observar, no obstante, que si bien en otro tiempo se sostuvo en esta Corte la tesis absoluta de que el roce entre la Constitución vigente y las leyes anteriores no es de constitucionalidad sino de derogatoria, la propia Corte en fallos posteriores ha seguido otro criterio, y se ha pronunciado en esta vía sobre esos enfrentamientos. Pero, aparte de ello, con una tesis o la otra, la objeción no podría ser de recibo en este caso, porque el problema ha subsistido al pasar el mismo régimen de una Constitución a otra sin variaciones, al menos en lo que se refiere a los preceptos de los artículos 9 y 121 inciso 13) actuales”.*

una época de formalismos de nuestra justicia (de 1953 a 1973), dichosamente en agonía. Esta lamentable jurisprudencia ya fue cambiada y hoy el criterio opuesto es el que domina la jurisprudencia constitucional: la Corte admite a trámite y fallo recursos de inconstitucionalidad contra leyes presuntamente inconstitucionales, aunque sean anteriores a la Constitución”⁴⁹⁶.

Tales comentarios únicamente se justifican a partir de una interpretación en la cual se desconoce todo el valor normativo a la cláusula de derogatoria general del artículo 197 de la Constitución Política, respecto del derecho anterior que resulta incompatible frente a la Norma Fundamental de 1949 (es decir, a partir de una interpretación que contradice el sentido literal de la propia norma constitucional), y en la cual se soslayan las diferencias existentes entre los institutos de validez, vigencia, la declaratoria de inconstitucionalidad estrictamente considerada y el efecto derogatorio, como se expuso con anterioridad.

Además, en esos razonamientos se echa de menos todos los alcances de la fuerza normativa de la Constitución, la cual como se ha insistido a lo largo de esta investigación está dotada de fuerza activa y, por ello, tiene el poder de derogar todo el derecho anterior que se le opone, aunque no se haya

⁴⁹⁶ Véase Ortiz Ortiz, E., Justicia Administrativa Costarricense ..., op. cit., pág. 62.

previsto a la cláusula de derogatoria. Esta justamente es la solución que se debió adoptar en el sistema italiano y no admitir la posibilidad de someterlas al control de constitucionalidad mediante la aplicación del instituto híbrido y contradictorio de la inconstitucionalidad sobrevenida.

En este sentido, a lo sumo se podría compartir que la argumentación esbozada por la Corte Plena, en modo alguno la exime de conocer ese juicio de incompatibilidad, pero no en función del control de constitucionalidad estrictamente considerado, sino para tener por derogada la norma preconstitucional si efectivamente contradice las disposiciones constitucionales, teniendo en cuenta que, por una parte, la Corte Plena compartía la potestad de todo Órgano Jurisdiccional de determinar cuál era el derecho aplicable para la resolución de un conflicto y, por otra, la solución que expresamente establece el artículo 197 ídem.

No obstante lo anterior, de ninguna forma se puede soslayar que la Corte Suprema de Justicia, en su sesión extraordinaria de las 14:30 hrs. de 1º de diciembre de 1982, valoró la conformidad con el Derecho de la Constitución del Decreto Ejecutivo No. 5 de 5 de agosto de 1932, así como la resolución No. 1 de 22 de junio de 1944, dictada por la Secretaría de

Relaciones Exteriores, (en cuya virtud se canceló a un ciudadano la carta de naturalización que le había sido otorgada).

Esta decisión ha sido comentada por Hernández Valle, quien reconoce la posibilidad de utilizar la Constitución derogada de 1871 como parámetro de constitucionalidad⁴⁹⁷. De este modo, en dicha decisión se declaró la inconstitucionalidad de las normas atacadas con sustento en la Constitución vigente al momento en que esas normas fueron emitidas. Es claro que en esa sentencia se desconoció todo el valor normativo del artículo 197 de la Constitución Política, que dispone la derogación de todas las Constituciones anteriores a la de 1949.

Pero tampoco se comparte la pretensión de incluir dentro del parámetro de constitucionalidad a la Constitución derogada de 1871, la cual lógicamente está desprovista de toda vigencia o poder normativo a partir de los alcances del artículo 197 de la Constitución Política.

497 Véase Hernández Valle., R., Derecho Procesal Constitucional, Juriscentro, Sociedad Anónima, Primera Edición, San José, 1995, págs. 308-309. En esta sentencia la Corte Plena dispuso: *"si bien el presente recurso tiene la especial circunstancia que se interpone respecto de normas de la Constitución Política de 1871, derogada por la actual, emitida en 1949, ello no es obstáculo para conocerlo, pues si en el caso del presente se hubiere incurrido en algún vicio de inconstitucionalidad por quebranto de aquellas normas, así habrá de declararlo al tener del artículo 17 que preceptuaba: "las disposiciones del Poder Legislativo o del Ejecutivo que fueran contrarias a la Constitución son nulas y de ningún valor, cualquiera que sea la forma en que se emitan"*.

De ahí que la argumentación esbozada por la Corte Plena que ha permitido utilizar la Constitución derogada de 1871 como parámetro de control de constitucionalidad contradice abiertamente los alcances del artículo 197 de la Constitución Política de 1949, y constituye una especie de mutación constitucional que en términos de Hesse desborda los límites del texto del precepto constitucional y, por ello, más bien constituye una anulación de la Constitución.

De lo expuesto se deduce, con toda claridad, que la única Norma Fundamental que puede ser utilizada como parámetro válido de constitucionalidad es la vigente de 1949, lo cual será analizado con mayor profundidad más adelante, al comentar las sentencias dictadas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en esta materia, así como las líneas jurisprudenciales que se denuncien del análisis conjunto de estos pronunciamientos, todo lo cual se hará de seguido.

Sección II. Los criterios desarrollados por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Por su parte, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de referirse sobre las normas preconstitucionales, y ha sostenido, al igual que el Tribunal Constitucional Español, que la declaratoria de inconstitucionalidad es la premisa o el fundamento de la derogación o de su nulidad (en su caso) y la eliminación de la norma inconstitucional su consecuencia. También ha dicho, a partir de lo dispuesto en el artículo 10 constitucional, que el único órgano competente para constatar la incompatibilidad de una norma preconstitucional a la Norma Fundamental es la Sala⁴⁹⁸.

De acuerdo con Jurado Fernández, “*la Sala entiende que la relación temporal de las normas está subsumida en su relación jerárquica, y que el conflicto de constitucionalidad de la ley preconstitucional debe ser resuelto como un caso de inconstitucionalidad sobreviniente y, por lo tanto, en razón de la validez de la ley*”⁴⁹⁹. De ahí que dicho conflicto no pueda resolverse, según la Sala, a partir de la relación temporal que existen entre ambas disposiciones en aplicación del principio de *lex posterior derogat anterior*, sino únicamente en función de la

498 Sobre el particular, se puede revisar Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución, op. cit., págs. 83-84.

499 Véase Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución, op. cit., págs. 83-84.

relación jerárquica, al ser la derogatoria una consecuencia incluida en la nulidad⁵⁰⁰.

En este orden de ideas, Hernández Valle considera que los actos dictados durante el período de vigencia de la Constitución derogada de 1871, y que surtieron efectos jurídicos en aquella época, bien pueden ser cuestionados ante la Sala Constitucional, en la medida en que sean contrarios a alguna disposición o principios de la actual Norma Fundamental⁵⁰¹.

En este sentido, el mencionado autor ha señalado: *“La polémica acerca de si el contraste entre las normas y actos anteriores a la Constitución y el texto vigente implica jurídicamente un problema de derogatoria o de inconstitucionalidad sobreviviente, es uno de los que se ha discutido más álgidamente. Como indicamos en su oportunidad, aceptamos plenamente la tesis de la Corte Costituzionale italiana, según la cual se trata de un problema de inconstitucionalidad sobreviviente”*⁵⁰².

En otra ocasión el mismo autor expuso que, por razones de seguridad jurídica, la mejor solución que ha sido brindada a este conflicto

500 Ver Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución ..., op. cit., pág. 84.

501 Véase Hernández Valle, R., Derecho de la Constitución, op. cit., pág. 710.

502 Ver Hernández Valle, R., Derecho de la Constitución, op. cit., pág. 713

normativo proviene de la Corte de Constitucionalidad Italiana, la cual ha sido avalada por la mejor doctrina calificada, entre la cual se puede mencionar, como se expuso con anterioridad, a Calamandrei y Mortati. En efecto, esta solución se inclina por resolver dicho problema desde la perspectiva de la inconstitucionalidad sobrevenida, no así desde el punto de vista de la abrogación de los preceptos preconstitucionales⁵⁰³.

Lo anterior, a pesar del contenido de la cláusula de derogatoria general que establece el artículo 197 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, con respecto a todo el ordenamiento jurídico que se opone a la Constitución vigente, así como los mencionados alcances del reconocimiento pleno de la Constitución Política como norma jurídica, dotada de coercitividad.

II.A. La sentencia de la Sala Constitucional No. 4091-94, de 9 de agosto.

En este orden, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 4091-94, de 9 de agosto, resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada contra el Decreto Ejecutivo No. 20 de 28 de

⁵⁰³ Véase Hernández Valle., R., Derecho Procesal Constitucional, op. cit., págs. 322-323.

octubre de 1915, en cuya virtud se dispuso el traslado de los territorios de Cóbano, Lepanto y Paquera de la Provincia de Guanacaste a la Provincia de Puntarenas.

En esta sentencia, la Sala Constitucional manifestó que la compatibilidad constitucional de los preceptos cuestionados únicamente puede ser valorada con respecto de la Constitución actual, al haber quedado derogada la Constitución de 1871⁵⁰⁴. También señaló la Sala Constitucional

504 En concreto, en dicha sentencia la Sala señaló: *"de la misma manera, la Constitución vigente, de 7 de noviembre de 1949, en su artículo 197 recoge la fórmula así: "Artículo 197.- Esta Constitución entrará en plena vigencia el ocho de noviembre de 1949, y deroga las anteriores. Se mantiene en vigor el ordenamiento jurídico existente, mientras no sea modificado o derogado por los órganos competentes del Poder Público, o no quede derogado expresa o implícitamente por la presente Constitución." El texto transcrito aclara uno de las cuestiones de derecho debatidas en este asunto, como es la aplicación de la Constitución de 1871 respecto de normas promulgadas bajo su disposiciones. Contrariamente a lo pretendido por el accionante, ya esta Sala ha estimado, (por ejemplo, en la sentencia #4511-93 de las diez horas del 10 de setiembre de 1993, dictada en acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Inquilinato de 1942), que las normas de cualquier índole aplicables hoy, hayan sido o no promulgadas durante la vigencia de otras Constituciones, deben ser confrontadas con la actual únicamente, por lo menos en cuanto a su vigencia y aplicación posteriores a ésta, en tanto que, si adolecieron de vicios de Constitucionalidad formal o material respecto de las anteriores -ya derogadas-, éstos no fueron declarados y corregidos en su momento por los órganos investidos de competencia para hacerlo -hasta entonces la Corte Suprema de Justicia-. En consecuencia, abrogada la Constitución que las sustentaba, es la vigente la única Carta susceptible de ser tenida como punto de referencia o parámetro constitucional frente a la supervivencia posterior de actos normativos y por esto, los Decretos Ejecutivos cuestionados de inconstitucionales sólo pueden ser considerados ahora confrontándolos por la Sala con la Constitución de 1949 en vigor. En ese mismo sentido, se reitera la importancia de la declaratoria de preservación del conjunto de disposiciones normativas preconstitucionales que hace el mismo artículo*

la imposibilidad de revisar las reglas o las exigencias formales de elaboración de cada norma a la luz de las superiores que regían en la época anterior a 1949, en que fueron emitidas, de manera que la única norma que puede ser utilizada como parámetro de control debe ser la Constitución vigente de 1949.

Asimismo, en lo que atañe al tipo de conflicto que supone la incompatibilidad de la norma preconstitucional a la Constitución, aunque el artículo 197 de la Constitución Política establece la obligación de todo Órgano Jurisdiccional en el sentido de tener por derogado todo el derecho anterior a la Norma Fundamental que la contradice, la Sala Constitucional admitió la posibilidad de declarar su inconstitucionalidad en términos de validez, interpretándose que únicamente ella está legitimada para realizar esa valoración, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 ídem.

197. Es evidente que la consecuencia de esta opción seleccionada por el legislador constituyente significa que el nuevo ordenamiento constitucional, acepta e incorpora el régimen jurídico imperante al momento, tal como es. Una primera consecuencia de ello, como ya se adelantó, es la imposibilidad de revisar las reglas o exigencias formales de elaboración de cada norma a la luz de las superiores que regían en la época anterior a 1949, en que se emitieron, por lo que la Sala se abstiene de emitir pronunciamiento alguno sobre posibles vicios acaecidos durante su tramitación, llamados de procedimiento”.

En este sentido, es evidente que en dicha sentencia la Sala Constitucional repitió los argumentos esbozados por el Tribunal Constitucional Español en sus sentencias de 2 de febrero de 1981 y 8 de abril de 1981, en cuanto a que la declaratoria de inconstitucionalidad es la premisa para tener por derogadas las normas preconstitucionales que resultan incompatibles frente a la Norma Fundamental, o para anular las disposiciones postconstitucionales que vulneran el Derecho de la Constitución⁵⁰⁵.

De igual manera, en esta sentencia la Sala Constitucional reconoció la imposibilidad de dotar de eficacia directa a todas las disposiciones constitucionales, lo cual sin duda constituye un severo obstáculo al

505 Sobre el particular, en esta sentencia la Sala señaló: “desde la perspectiva de la jerarquía de las normas, es claro que se habrá producido la derogatoria implícita (o expresa según sea el caso) de la norma preconstitucional incompatible con ésta. sin embargo, también cabe considerar el problema como uno de inconstitucionalidad o invalidez sobreviniente; tesis según la cual toda violación a la Constitución debe ser eliminada por la vía de la declaratoria de inconstitucionalidad, independientemente de la fecha de promulgación o vigencia de la norma, por la sola circunstancia de que esté siendo aplicada bajo la Constitución vigente, que es lo que importa al fin. En este sentido, el concepto genérico de este tipo de vicio sobreviniente, es el de inconstitucionalidad, cuyos efectos se manifiestan de dos vertientes: a) en el caso de las normas preconstitucionales, como la derogación por inconstitucionalidad; y b) tratándose de normas postconstitucionales, como la nulidad por inconstitucionalidad. En ambos casos, la declaración o comprobación de la inconstitucionalidad es la premisa o fundamento de la derogación o de la nulidad -en su caso- y la eliminación de la norma inconstitucional su consecuencia. Los argumentos para atraer el asunto ante la jurisdicción constitucional, en el caso costarricense, son sólidos y claros”.

reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, y al principio de supremacía constitucional⁵⁰⁶. Por esa razón, el único Órgano Jurisdiccional habilitado para realizar esa interpretación y ese juicio de incompatibilidad, dice la Sala, es ella misma, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 10 constitucional.

Es claro que este razonamiento contradice abiertamente las ideas que se han expuesto en esta investigación, en el sentido que la Constitución es una norma jurídica dotada de coercitividad que vincula en forma plena a los poderes constituidos, de modo que la derogación de las normas preconstitucionales que resultan incompatibles frente a la Norma Fundamental es una de sus mayores implicaciones, todavía más en el caso

506 Sobre el tema de la fuerza normativa y la aplicación directa de las normas constitucionales, la Sala Constitucional en esta sentencia señaló *“Con el objeto de contrastar la norma con el Derecho de la Constitución, el intérprete debe previamente intelegir el sentido o contenido de éste último; es decir, debe precisar el contenido normativo del Derecho de la Constitución como premisa del problema, lo que no es tarea fácil por la natulareza habitualmente imprecisa, indefinida, abierta e indeterminada de las cláusulas constitucionales, que en muchos casos, impide su eficacia normativa directa, lo obliga a una interpretación lógico sistemática de todo el texto constitucional, en armonía con los valores y principios que lo complementan y amplían. De modo que el sentido y objeto de la norma y, por ende, su eficacia y manera de aplicación a la realidad, no es del todo simple de desentrañar o determinar, haciendo más complejo el proceso de contradicción con la ley precedente. La Sala, por ello, estima que este extremo de la ecuación corresponde específicamente a su función de intérprete supremo de la Constitución, y opte por actuar en consecuencia”*.

costarricense, si se observa lo dispuesto en el artículo 197 de la Constitución Política.

II.B. La sentencia de la Sala Constitucional No. 6497-96 de 2 de diciembre.

De otra parte, en la sentencia No. 6497-96, de 2 de diciembre, la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Andrés Pozuelo Marín, Eduardo Palma Brenes y Carlos Alvarado Moya, en representación de las empresas “Alimentos Jack’s de Centroamérica, Sociedad Anónima”, “Indisa, Sociedad Anónima” y de la Asociación “Cámara de Comercio de Costa Rica”, en contra del artículo 13 inciso 3) de la Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal, el artículo 20 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social y los numerales 89 y 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social⁵⁰⁷.

507 Las normas impugnadas estipulaban:

“Artículo 89 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo:

“...Podrán revisar libros de contabilidad, de salarios, planillas, medios de pago y cualesquiera otros documentos y constancias que eficazmente les ayuden a realizar su labor y que se refieran a los respectivos trabajos. Si encontraren resistencia injustificada, darán cuenta de lo sucedido al Juez de Trabajo que corresponda, de lo que informarán a la mayor brevedad a la Jefatura de la Inspección...”.

Artículo 13.- de la Ley Orgánica del Banco Popular y de Desarrollo Comunal.

[...] “A efecto de compulsar el pago de lo adeudado por omisión o mora, los inspectores del Banco tendrán carácter de autoridad, con los deberes y atribuciones que se especifican en los artículos 89 y 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social...”

En esta decisión, la Sala Constitucional reiteró los argumentos expuestos en la sentencia No. 4091-94, de 9 de agosto, sobre las normas preconstitucionales⁵⁰⁸. Al respecto, Jurado Fernández afirma que “*en la sentencia número 6497-96, de comentario, no está claramente desarrollada la distinción*

Artículo 20.- De la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social.

“Los inspectores tendrán el carácter de autoridades con los deberes y atribuciones que se especifican en los artículos 89 y 94 de la Ley Orgánica del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social...”

508 Lo anterior lo realizó la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia con la siguiente argumentación: “IV.- DETERMINACIÓN DEL TEXTO CONSTITUCIONAL AL QUE DEBEN CONFRONTARSE LAS NORMAS CUESTIONADAS. Esta Sala ha estimado -por ejemplo, en la sentencia número 4511-93 de las diez horas del diez de setiembre de mil novecientos noventa y tres, dictada en acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Inquilinato de mil novecientos cuarenta y dos; así como la número 4091-94 de las quince horas con doce minutos del nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro-, que las normas de cualquier índole aplicables hoy, hayan sido o no promulgadas durante la vigencia de otras Constituciones o de otros artículos constitucionales reformados con posterioridad, deben ser confrontadas con el texto actual únicamente, por lo menos en cuanto a su vigencia y aplicación posteriores a ésta, en tanto que, si adolecieron de vicios de constitucionalidad formal o material respecto de los anteriores -ya derogados-, éstos no fueron declarados y corregidos en su momento por los órganos investidos de competencia para hacerlo, los mismos se mantendrán vigentes si se ajustan al marco Constitucional actual. Sin embargo, en el caso en estudio se presenta una situación particular, consistente en que si bien la reclamación del vicio de inconstitucionalidad se hizo de manera oportuna y ajustada a las formas legales, la cuestión estaba pendiente de resolver ante el órgano encargado (en este caso la Sala Constitucional), cuando ocurre una variación en el texto constitucional del artículo que se estima infringido. Esto obliga a la Sala no sólo a confrontar el texto de las normas cuestionadas con el artículo constitucional que rige al día de hoy, sino además a determinar su legitimidad frente al texto del artículo 24 Constitucional vigente a la fecha de presentación del reclamo, en virtud de que éste -como se dijo- había sido planteado en su oportunidad y se encuentra pendiente de resolver ante esta Sede.”

entre la derogación, como resultado de la aplicación del criterio temporal, y la nulidad, como resultado de la aplicación del criterio jerárquico, en tanto efectos que tienen como punto de partida un conflicto entre normas que siempre es de constitucionalidad de una de ellas. Y la poca claridad reside en que, a pesar de que concibe a la derogación y a la nulidad como efectos de la inconstitucionalidad, entiende que respecto a las leyes preconstitucionales la derogación está subsumida en la nulidad. Es la forma en que entiende la inconstitucionalidad sobreviniente”⁵⁰⁹.

Esta apreciación es compartida en esta investigación, pero lo más evidente es que en ambas decisiones la Sala Constitucional deja de lado los alcances de la fuerza normativa de la Constitución y la cláusula de derogatoria general del artículo 197 de la Constitución Política. En este sentido, de la interpretación sistemática de los artículos 10 y 197 ídem únicamente se puede concluir que el control de constitucionalidad sólo se produce respecto de normas vigentes (o de los efectos ultra-activos de las normas derogadas pre y post-constitucionales), pues en el caso del juicio de incompatibilidad de las normas preconstitucionales a la Norma Fundamental, su fuerza normativa y la cláusula de derogatoria general exigen la abrogación de esos preceptos, todo lo cual se expuso con anterioridad.

509 Véase Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución, op. cit., págs. 83-84.

Tal argumentación ha sido sostenida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en las siguientes sentencias:

- La Sentencia No. 0778-95, de 11 de febrero, en que la Sala Constitucional resolvió una consulta judicial de constitucionalidad, formulada por la Jueza Penal de Liberia (mediante la resolución de 30 de junio de 1994), por considerar que la Ley No. 190 de 28 de setiembre de 1948 "*Ley de Pesca y Caza Marítimas*", así el Decreto No. 741 de 4 de octubre de 1949 y el Decreto Ejecutivo No. 17019-MAG de 13 de marzo de 1986 vulneraban los artículos 39 y 105 de la Constitución Política; en la parte dispositiva de esta sentencia, la Sala Constitucional dispuso:
“A) La Ley de Pesca y Caza Marítimas y su consecuentes reformas mediante Decretos-Leyes #190 de 28 de setiembre de 1948, modificado por el #426 de 8 de marzo de 1949 y el #741 de 4 de octubre de 1949, así como por las leyes #2304 de 1° de diciembre de 1958 y #7064 de 29 de abril de 1987, -los primeros dictados antes de la promulgación de la Constitución vigente-, son normas de rango legal y plenamente aplicables en la República. B) Sin embargo, el artículo 30 de la Ley de Pesca y Caza Marítimas es contrario al artículo 39 de la Constitución Política y, en

consecuencia, se anula por inconstitucional. Esta declaratoria es retroactiva a la fecha de vigencia de la norma. Sin embargo, de conformidad con los artículos 91 en relación el 93 de la Ley que regula esta Jurisdicción, procede dimensionar estos efectos en el sentido de que no se aplicará a las situaciones jurídicas consolidadas por prescripción o caducidad, en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material o por consumación de los hechos. En caso de que alguna persona se encuentre privada de libertad en razón de una condenatoria basada en la norma que aquí se anula, debe acordarse su inmediata libertad, según los procedimientos establecidos con base en el artículo 490 inciso 5) del Código de Procedimientos Penales y 13 del Código Penal, mediante solicitud expresa que deberá presentarse, como plazo máximo, en los quince días hábiles siguientes al de la publicación íntegra de esta sentencia en el Boletín Judicial”;

- La Sentencia No. 3477-96, de 10 de julio, en que la Sala Constitucional resolvió una acción de inconstitucionalidad planteada contra los artículos 96, 97, 100 y 101 de la Ley General de Salud; 3, 4, 5, 6, 7 párrafo último, 14 inciso 4), 19 inciso 17), 21 incisos c) y ch), 22 inciso b), 25 incisos a) y c) y 35 de la Ley Orgánica del Colegio de Farmacéuticos; 28 incisos a) y c) del Reglamento General Orgánico o Reglamento Interno del Colegio

de Farmacéuticos; y 3 a 13, 16, 17, 19 incisos a) y b), d) y h), 20 a 25, 27, 28 y 31 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos Privados; esta acción de inconstitucionalidad fue estimada por la violación de las disposiciones constitucionales que regulan la potestad tributaria, motivo por el cual finalmente se declaró la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados;

- La Sentencia No. 6469-97, de 8 de octubre, en que la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las siguientes normas: a) de los artículos 50 y 55 de las Ordenanzas Municipales, Ley No. 20 de 24 de julio de 1867; b) de los artículos 1, 3, 5 y 9 inciso a) y en general del Reglamento a la Ley de Licores, Decreto Ejecutivo No. 17.757-G de 28 de setiembre de 1987; c) de los artículos 5 y 7 del Reglamento sobre organización, funcionamiento y atribuciones de las Gobernaciones provinciales, Decreto Ejecutivo No. 17.858-G de 13 de octubre de 1987; y d) del Decreto Ejecutivo No. 24.422-G de 8 de junio de 1995; según los accionantes dicha normativa, en tanto derivada de los artículos remanentes de las llamadas Ordenanzas Municipales, está implícitamente derogada por la actual Constitución Política; y, además, es contraria a los principios constitucionales de la

autonomía municipal (artículo 170), al principio de legalidad (artículo 11), viola el principio de reserva de ley (artículo 9), el poder reglamentario (artículo 140 inciso 3); las reglas del debido proceso (artículos 39 y 41); el principio de irretroactividad de la ley (artículo 34) y la libertad de trabajo (artículo 56); en este pronunciamiento el Tribunal Constitucional sometió al control de constitucionalidad los preceptos impugnados y estimó parcialmente la acción por la violación de las disposiciones constitucionales que regulan la descentralización administrativa por razones de territorio, es decir, la materia municipal;

- La Sentencia No. 1317-1998 de 27 de febrero, en la cual la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad formulada contra los artículos 366, 368, 369, 382 párrafo 2 y 517 del Código de Trabajo; en esta sentencia la Sala Constitucional sometió a un juicio de validez las normas impugnadas con respecto de la Constitución actual, sin hacer alguna advertencia en cuanto al hecho que tales disposiciones son preconstitucionales;
- La Sentencia No. 2000-6328, de 19 de julio, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la "*Asociación*

Oratorios Salesianos Don Bosco", para que se declare que son inconstitucionales las siguientes disposiciones del Código Civil: a) del inciso 3) del artículo 592, la expresión "*y los confesores que durante la misma le confesaron*"; b) del artículo 593, las oraciones "*Sin embargo, serán absolutamente nulas las mandas hechas a favor de iglesias o de institutos de carácter religioso, en cuanto excedan del décimo de los bienes del testador. Tampoco puede disponerse más del décimo para sufragios u otras mandas religiosas*"; c) el párrafo final del artículo 594; y d) el acápite primero del artículo 1401, en cuanto remite a las partes indicadas de los anteriores preceptos. En este pronunciamiento la Sala Constitucional por mayoría estimó parcialmente la acción y declaró la inconstitucionalidad de algunos preceptos impugnados; al respecto, se debe mencionar que en esta sentencia se sometió al control de constitucionalidad las normas preconstitucionales, repitiéndose los argumentos expuestos en la sentencia No. 4091-94, de 9 de agosto, y;

- La Sentencia No. 2003-05264, de 18 de junio, en que la Sala Constitucional conoció la acción de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 273 del Código de Trabajo⁵¹⁰, el cual

510 Esta norma establece:

fue impugnada por los siguientes motivos: en primer lugar, la violación del derecho protegido en el artículo 61 de la Constitución Política por tratarse de una norma preconstitucional, que limita el ejercicio de un derecho; en segundo, por la aplicación de esa norma a la Administración Pública, teniendo en consideración los criterios expuestos por la Sala en la sentencia No. 1992-01696, según los cuales los procedimientos de resolución de conflictos colectivos de carácter económico social no son aplicables al empleo público y el inciso b) de la norma cuestionada exige agotar dichos procedimientos, como presupuesto para la declaratoria de legalidad de la huelga; tercero, la norma impugnada es contraria al principio de igualdad en cuanto su aplicación crea una discriminación contraria a la dignidad humana de los trabajadores de la Administración que no representan servicios públicos y, finalmente, la vulneración de los principios de proporcionalidad y razonabilidad constitucional en

"ARTICULO 373.- Para declarar una huelga legal los trabajadores deben: a) Ajustarse estrictamente a lo dispuesto por el artículo 371; del Título Séptimo, Capítulo Tercero de este Código; y (Así reformado tácitamente por el artículo 3º de la ley No.7360 del 4 de noviembre de 1993, que modificó la numeración del antiguo artículo 364, siendo ahora el 371) b) Agotar los procedimientos de conciliación de que habla el Título Séptimo, Capítulo Tercero de este Código, y c) Constituir por lo menos el sesenta por ciento de las personas que trabajen en la empresa, lugar o negocio de que se trate".

el ejercicio de la libertad sindical y del derecho de huelga, en cuanto se exige un porcentaje muy elevado de participación como presupuesto para que la huelga sea declarada legal. Así, en este pronunciamiento la Sala Constitucional, al analizar la regularidad del precepto impugnado con sustento en la Norma Fundamental vigente, repitiéndose en gran medida los argumentos señalados en la sentencia No. 4091-94, de 9 de agosto, se consideró que la norma impugnada no vulneraba el Derecho de la Constitución.

Cabe mencionar que el anterior análisis no es exhaustivo y es posible adicionar algunas otras sentencias en las cuales, como se dijo, el Tribunal Constitucional reiteró los argumentos expuestos en la sentencia No. 4091-94, de 9 de agosto, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Ejecutivo No. 20 de 28 de octubre de 1915, en en que se dispuso el traslado de los Cantones de Cóbano, Lepanto y Paquera de la Provincia de Guanacaste a la Provincia de Puntarenas

En esa sentencia, como se ha dicho, la Sala Constitucional repitió los argumentos sostenidos por el Tribunal Constitucional Español con respecto al conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución, pero considerándose (a la luz de lo dispuesto en el artículo 10

de la Constitución Política) que únicamente ella puede conocer esa incompatibilidad, con lo que también ha soslayado todos los alcances de la cláusula de derogatoria general que contiene el artículo 197 de la Constitución Política con respecto al derecho anterior que se opone a la Norma Fundamental.

II.C. La sentencia de la Sala Constitucional No. 2004-5206 de 18 de mayo.

De otra parte, en la sentencia No. 2004-5206, de 18 de mayo, la Sala Constitucional resolvió la acción de inconstitucionalidad formulada contra el aparte b) del inciso 2) del artículo 1º del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en la sesión ordinaria de 17 de diciembre de 1946, en cuanto excluía a los porteros, mandaderos y, en general, a las personas que se dedican a labores de limpieza o aseo de la posibilidad de ser acreedores de los beneficios relativos a la seguridad social⁵¹¹.

511 En concreto, dicha norma establecía:

"Artículo 1º El Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, que de conformidad con el presente Reglamento asume la Caja Costarricense de Seguro Social, es obligatorio: (...) 2) Para los empleados de las instituciones y empresas, públicas y privadas, enumerados a continuación: (...) b) Los empleados de oficinas, consultorios profesionales y escuelas

Es claro que la norma impugnada en este proceso es una preconstitucional respecto de la Norma Fundamental de 1949. En esta oportunidad la Sala Constitucional consideró:

- En primer lugar, que si bien esta norma había sido derogada por otro reglamento posterior post-constitucional, la Sala Constitucional tiene plena competencia para conocer sobre la adecuación al Derecho de la Constitución de normas derogadas, y valorar la validez de los efectos que produjo durante su período de vigencia⁵¹²;

particulares, excepto porteros, mandaderos, y, en general, aquellos que se dedican a labores de limpieza o aseo.(...)”

512 Sobre el particular, en la sentencia aludida se dijo: “*Estando claro que el actor cuenta con legitimación suficiente para promover esta demanda, resta indicar que las actuaciones impugnadas están entre las previstas en el artículo 73 inciso a) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, por tratarse de un acto general de carácter normativo (una disposición contenida en un reglamento administrativo, el Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en sesión ordinaria del diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis), materia cuya constitucionalidad procede revisar en esta vía. Asimismo, si bien se trata de una norma derogada, como en la acción de inconstitucionalidad lo que se verifica es la validez de las normas jurídicas y no así su eficacia, es claro que el juicio de constitucionalidad puede ser efectuado incluso respecto de normas ya derogadas, considerando que las reglas en tal situación han perdido su vigencia, pero no así su existencia y consecuentemente los efectos que produjeron antes de su derogación. Precisamente el asunto que motivó la interposición del recurso de amparo que sirve de base a este acción se basa en la aplicación al actor de la norma aquí impugnada, no obstante haber perdido su vigencia desde hace varias décadas”.*

- En segundo, aunque se trata de una norma preconstitucional (dado que fue emitida con anterioridad a la Constitución de 1949), la Sala igualmente puede determinar su validez, o bien puede tenerla por derogada en razón del nuevo texto constitucional⁵¹³;
- Tercero, se menciona el supuesto en que una norma deviene inconstitucional por efecto de la interpretación, es decir por un motivo novedoso, cuando se producen cambios en la realidad que hacen inconstitucional una disposición que originalmente se adecuaba al Derecho de la Constitución⁵¹⁴;
- Cuarto, se afirma que una norma anterior a la Constitución puede vulnerar la Norma Fundamental “anterior” vigente al momento de su promulgación, razón por la cual la Constitución derogada de 1871 es un parámetro válido para enjuiciar la validez del aparte b) del inciso 2) del artículo 1º del Reglamento del Seguro de

513 Al respecto se dijo: “Asimismo, el hecho de haber sido la norma impugnada emitida con anterioridad a la creación de la Sala Constitucional (incluso es anterior a la promulgación de la Constitución Política de mil novecientos cuarenta y nueve) no le impide a este tribunal entrar a analizar su validez. Por un lado, una norma preconstitucional podría ser válida a la luz de la Carta anterior y haber sido derogada por el nuevo texto”.

514 En este sentido, en dicha sentencia se afirma: “Podría también haber devenido inconstitucional por una razón superviniente, cuando cambios en la realidad hagan que una norma originalmente válida pase a oponerse al Derecho de la Constitución”.

Invalidez, Vejez y Muerte, aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en la sesión ordinaria de 17 de diciembre de 1946⁵¹⁵;

- Finalmente, en el último considerando de la sentencia No. 2004-5206, la Sala Constitucional concluyó que el aparte b) del inciso 2) del artículo 1º del Reglamento del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social en sesión ordinaria de 17 de diciembre de 1946 lesionaba los derechos que estaban consagrados en los artículos 25 y 63 de la Constitución Política de 1871 y, por ende, dispuso su anulación.

515 Sobre el particular, la Sala señaló: “en tercer lugar, una norma anterior a la actual Carta podría ser contraria a la Constitución Política vigente al momento de su promulgación, en este caso la Constitución de mil ochocientos setenta y uno, que resulta un parámetro válido para medir la constitucionalidad de las normas emitidas durante su vigencia. Es por lo anterior que la norma impugnada deberá ser en primer término comparada con el texto de la Constitución Política de mil ochocientos setenta y uno, a fin de verificar su validez. Al tratarse de una norma preconstitucional, su verificación debe tener como parámetro la carta de mil ochocientos setenta y uno, vigente al momento de emisión del reglamento objeto de esta acción. Además, el actor presentó su escrito de interposición en atención a los requisitos estipulados en los numerales 78 y 79 de la Ley de rito. En conclusión, la presente acción es admisible, por lo que debe entrarse de inmediato a discutir el objeto y el fondo de la misma”.

Sobre el particular se debe reiterar, según se expuso al inicio de este trabajo, que el juicio de incompatibilidad de las normas preconstitucionales a la Constitución está regulado expresamente en el artículo 197 de la Constitución Política, el cual establece la obligación de tener por derogadas estas disposiciones si efectivamente contradicen las normas y los principios constitucionales. No puede ser otra la conclusión si se tiene en consideración los alcances de la fuerza normativa de la Constitución, así como del principio de supremacía.

Es claro que esta norma establece un régimen especial respecto del derecho anterior a la Constitución que debe ser observado por todos los Órganos Jurisdiccionales, antes de admitir la potestad de la Sala Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de las normas de derecho público de cualquier naturaleza.

De modo que el examen de vigencia de las normas preconstitucionales es anterior al de validez, razón por la cual dicha declaratoria de inconstitucionalidad únicamente se puede producir sobre las normas vigentes, o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas, pre o postconstitucionales, según se expuso *supra*. Lo primero le atañe a todos los órganos jurisdiccionales, incluida la Sala, quienes gozan de la potestad de

determinar cual es el derecho aplicable a la resolución de un conflicto, lo segundo le toca con exclusividad a la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en consideración el método concentrado de control de constitucionalidad que estipula el artículo 10 ídem.

Otra consecuencia que se deduce del artículo 197 de la Constitución Política, es que la única Constitución que puede ser utilizada como parámetro para realizar el control de constitucionalidad, o para tener por derogada una norma preconstitucional, es la Constitución vigente de 1949, la cual expresamente dispone que “*entrará en plena vigencia*” el 8 de noviembre de 1949 “*y deroga las anteriores*”.

No obstante lo expuesto, en la sentencia aludida se declaró la inconstitucionalidad de una norma anterior a la *Carta Magna* con sustento en la vulneración de varios artículos de la Constitución derogada de 1871, la cual no tiene ningún valor de derecho positivo en el ordenamiento jurídico vigente, por fuerza precisamente del artículo 197 constitucional.

En este sentido, la única forma en que se podría admitir la posibilidad de tener como parámetro de control de constitucionalidad la derogada de 1871, sería que la Constitución actual expresamente le

reconociera algún poder normativo, lo cual no se produce en el caso presente, ni puede atribuírselo la Sala Constitucional por efecto de la interpretación, sin incurrir en una interpretación que contradice el sentido literal de la Norma Fundamental⁵¹⁶.

II.D. Análisis Jurisprudencial.

Como se expuso con anterioridad, ni la Corte Suprema de Justicia (cuando tenía la función de realizar el control de constitucionalidad), ni la Sala Constitucional, han resuelto en forma acertada el conflicto normativo existente entre la Constitución y las normas anteriores a ella que la contradicen, teniendo en cuenta los alcances de la fuerza normativa de la Constitución, así como la cláusula de derogatoria del artículo 197 de la Constitución Política de la República de Costa Rica.

En este sentido, en ninguna de las citadas oportunidades la Sala Constitucional ha reconocido la facultad de los tribunales ordinarios (y de ella misma) a la hora de dilucidar cual es el derecho aplicable para la

516 Sobre el carácter expansivo de la interpretación de las normas constitucionales, más allá de su sentido literal, y sobre como pueden producir mutaciones constitucionales que afectan la teoría normativa de la Constitución, el lector bien puede consultar: Hesse, K., Escritos de Derecho Constitucional, op cit, y Orozco Solano, V, La fuerza normativa de la Constitución, op cit.

solución de un conflicto de intereses, de tener por derogadas aquellas disposiciones anteriores a la Constitución que resultan incompatibles frente a uno de sus preceptos, con lo cual no sólo ha soslayado lo dispuesto en el artículo 197 constitucional, sino también los alcances de la fuerza normativa de la Constitución, como se ha dicho.

Lo mismo se puede apreciar respecto de la mayoría de los criterios sostenidos por la Corte Suprema de Justicia sobre las normas preconstitucionales, las cuales finalmente fueron sometidas al control de constitucionalidad en términos de validez, sin efectuar ninguna precisión en cuanto al hecho que su período de vigencia o vigor era anterior a la Norma Fundamental.

Incluso, llama profundamente la atención que en algunas oportunidades la Corte Suprema de Justicia y la Sala Constitucional examinaran la regularidad constitucional de sendas normas preconstitucionales con sustento en la Constitución derogada de 1871, pese a que no existe ningún respaldo de derecho positivo que le permita al Juez Constitucional efectuar dicho control con sustento en esa norma.

Por el contrario, en esas decisiones ambos Órganos Jurisdiccionales incluyeron a la Constitución derogada de 1871 dentro del parámetro de constitucionalidad y enjuiciaron la validez de disposiciones preconstitucionales con sustento al Texto Fundamental que se encontraba vigente en el momento en que fueron emitidas.

Por lo anterior, tampoco ha sido advertida la posibilidad de los tribunales constitucionales de someter al control de constitucionalidad los efectos ultra-activos de las normas preconstitucionales que han sido derogadas por fuerza de la Norma Fundamental. Lo anterior, a partir de una interpretación sistemática y armónica de los artículos 10 y 197 de la Constitución Política.

Se repite entonces que el control de constitucionalidad estrictamente considerado únicamente se puede producir respecto de las normas vigentes, o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas pre y postconstitucionales.

De ahí que los tribunales ordinarios, una vez que han tenido por derogada una norma preconstitucional por la fuerza del artículo 197 constitucional, deben plantear la consulta judicial de constitucionalidad (tal

y como está regulada en la Ley de la Jurisdicción Constitucional) si tienen dudas fundadas sobre la regularidad de los efectos ultra-activos de esta norma.

Es evidente, asimismo, que el examen de vigencia es anterior al de validez, a diferencia del criterio sostenido por el Tribunal Constitucional Español en las decisiones supra mencionadas, en el sentido que la incompatibilidad con la Constitución es la premisa para tener por derogadas (o declarar inválidas) aquellas disposiciones que contradicen la Norma Fundamental, y cuyo período de vigor o vigencia es anterior a ésta.

Dicha interpretación sólo es posible en aquellas situaciones en que son inadvertidos los alcances de la fuerza normativa de la Constitución y su facultad (precisamente en razón de su reconocimiento como norma jurídica dotada de coercitividad) de derogar las normas jurídicas cuyo contenido no le resulte compatible.

De todo lo anterior se deduce cual es la solución que la fuerza normativa de la Constitución impone sobre las normas preconstitucionales que le resultan incompatibles, lo cual incluso ha recibido un

reconocimiento positivo en el caso de las constituciones de Alemania, España y Costa Rica, como se ha expuesto en esta oportunidad.

No pueden ser distintas las conclusiones que se exponen en esta investigación para resolver el conflicto normativo existente entre las normas preconstitucionales que resultan incompatibles frente a la Constitución, a partir del reconocimiento de su fuerza normativa y del principio de supremacía, todas las cuales serán mencionadas al final de esta investigación.

CAPÍTULO VI.

LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Una vez comentadas en los capítulos anteriores la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución, y la manera en que ha sido resuelto este tema tanto en el modelo de justicia constitucional europeo (con los aportes del Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español), cuanto en el sistema de justicia constitucional costarricense (y los criterios esbozados por la Corte Plena, en su momento, y ahora por la Sala Constitucional) en este capítulo será examinado este conflicto normativo teniendo como parámetro el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el cual, según lo ha entendido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, también integra el Derecho de la Constitución⁵¹⁷.

517 Al respecto, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 3495-92 de 19 de noviembre de 1992, ha entendido que el Derecho de la Constitución está integrado *"tanto por las normas y principios constitucionales, como por los del internacional y, particularmente, los de sus instrumentos sobre derechos humanos, en cuanto fundamentos primarios de todo el orden jurídico positivo"*; de igual modo, en la sentencia No. 2000-7818 de 5 de septiembre de 2000, indicó que el Derecho de la Constitución *"como un todo (...) comprende, no sólo las normas, sino también, y principalmente, si se quiere, los*

Sobre el particular, Castro Padilla advierte que cuando un tratado, convenio o pacto internacional sobre derechos humanos se ha integrado al ordenamiento jurídico interno, éste se incorpora al bloque de constitucionalidad (que en la tradición jurídica costarricense se corresponde con el Derecho de la Constitución), y se constituye entonces en parámetro de constitucionalidad de todo el ordenamiento infra-constitucional⁵¹⁸.

De este modo, en palabras del mismo autor, “*de allí que sea posible sostener que la Constitución Política y El Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicable en Costa Rica conforman un marco general de reconocimiento y garantía de derechos fundamentales, y además se complementan y sintonizan a efectos de constituir un bloque normativo que se caracteriza por ser cúspide o vértice de todo el*

principios y valores de la Constitución y del Derecho Internacional y Comunitario aplicables, particularmente del Derecho de los Derechos Humanos”. Con lo anterior, de acuerdo con Castro Padilla, adquiere plena significación el artículo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que establece que el objeto de la jurisdicción constitucional es “*garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica*”. Sobre lo expuesto, es preciso revisar Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, op. cit., págs. 99 a 100.

518 Véase Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, op. cit., págs. 99 a 100.

ordenamiento jurídico patrio”⁵¹⁹. Así, a todas luces es evidente que ambos instrumentos normativos integran el Derecho de la Constitución y el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico costarricense, como se había adelantado con anterioridad.

En lo que toca al objeto de nuestra investigación, igualmente serán defendidas las ideas relativas a la derogación de las normas preconstitucionales que son incompatibles frente al Derecho de la Constitución y, en concreto, frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lo anterior, a partir del reconocimiento de su carácter normativo (al menos en el sistema de justicia constitucional costarricense) y, por ende, de la posibilidad de ser aplicados de manera efectiva tanto por la Sala Constitucional, como por los tribunales ordinarios.

Pero también se examinará si esta solución es posible tanto en aquellos sistemas que le reconocen a estos instrumentos pleno carácter normativo, como en los cuales dichos instrumentos no constituyen “*canon de constitucionalidad independiente*”⁵²⁰, sino que poseen un carácter

519 Véase Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, op. cit., págs. 99 a 100.

520 Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Tecnos, Madrid, 2005, pág. 82.

interpretativo de los derechos y las libertades reconocidas en la Constitución, como lo es el caso Español, según lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 10 de esa Norma Fundamental.

Además de lo anterior, también es preciso analizar (pero no con el mismo detalle) si dichos instrumentos internacionales tienen valor normativo autónomo en los sistemas alemán e italiano, y cómo se resuelve el conflicto que se produce cuando le resulta incompatible una norma preconstitucional.

En todo caso, es preciso aclarar, como se ha expuesto con anterioridad, que el carácter preconstitucional de una norma se define en la medida en que su período de vigencia o vigor ha sido anterior al de la entrada en vigencia de una nueva Constitución, la cual justamente por su fuerza vinculante y normativa, tiene la virtud de derogar todo el derecho anterior que se le opone.

Por su parte, en el supuesto de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos es preciso advertir que la gran mayoría han sido suscritos o incorporados al derecho interno de los Estados (particularmente en el caso costarricense) con posterioridad a la entrada en vigor de las

Constituciones actualmente vigentes, y desde el momento en que se les ha reconocido carácter normativo se han incorporado al Derecho de la Constitución y, por ende, tienen la virtud de derogar igualmente todo el derecho anterior que se les opone, pre y postconstitucional.

Así, en el primer caso, tanto los tribunales constitucionales como los tribunales ordinarios, deben tener por derogada la norma preconstitucional que se opone al Instrumento Internacional en materia de Derechos Humanos, desde el momento de su aprobación o de su incorporación al derecho interno de cada Estado, según haya sido regulado por cada uno de éstos, teniéndose en consideración, en primer lugar, que dicho instrumento posee fuerza normativa activa y, por ende, también deroga todo el derecho anterior que se le opone (pre y post constitucional) y, en segundo, que el examen de vigencia siempre es anterior al de validez.

Lo anterior por cuanto, no es posible efectuar el examen de validez sobre una norma que previamente ha sido derogada (sino únicamente sobre sus efectos ultra-activos, si sobreviven situaciones jurídicas que nacieron durante el período de vigencia o vigor de la norma abrogada), pues ha dejado de existir positivamente desde que el momento en que se produjo el efecto derogatorio.

En este orden de ideas, y en el supuesto de las normas postconstitucionales, que tienen precisamente como parámetro de validez la Constitución vigente (que le ha servido como criterio de validez formal, en cuanto a las normas o el procedimiento con el cual han sido emitidas, y material, en cuanto a su contenido), también es posible defender su derogación a partir de la entrada en vigencia del Instrumento Internacional sobre derechos humanos (que se integra y forma parte del Derecho de la Constitución), como si se tratase de la aprobación de una reforma constitucional, la cual justamente por su fuerza normativa deroga todo el derecho anterior que se le opone. De igual modo, si sobrevive algún efecto ultraactivo, bien puede ser objeto del control de constitucionalidad y, si es del caso, de una declaratoria de nulidad y de invalidez.

A lo expuesto es necesario agregar, si la aplicación del Instrumento Internacional sobre Derechos Humanos no es discutida en el ámbito del derecho interno (es decir, en el seno del Tribunal Constitucional o de los tribunales ordinarios) sino ante un organismo internacional o regional de protección de los derechos humanos (entre ellos, el Comité de Derechos Civiles y Políticos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, o la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos) con respecto a una norma

preconstitucional del Estado parte en ese conflicto de intereses, poco o nada interesa en realidad si el precepto del derecho interno es o no preconstitucional, pues en ese ámbito únicamente se discute la compatibilidad de esa disposición con respecto al instrumento internacional cuya salvaguarda o tutela ha sido confiada a ese órgano mundial o regional de protección de derechos humanos. Por ello, en este marco no tiene ninguna relevancia el carácter preconstitucional de esa disposición.

Antes de analizar con más detalle la resolución de ese conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos es necesario en esta investigación realizar algunas consideraciones sobre la noción y los antecedentes históricos de estos instrumentos, tanto en el ámbito del derecho extranjero, como en el costarricense, todo lo cual se hará de seguido.

Sección I. La noción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De acuerdo con el jurista costarricense Llobet Rodríguez, antes de elaborar una definición del Derecho Internacional de los Derechos

Humanos se debe distinguir entre éste y la teoría de los derechos humanos desde el punto de vista filosófico⁵²¹. De este modo, la segunda se encuentra íntimamente vinculada con la doctrina del derecho natural (que considera estos derechos superiores y anteriores al Estado), en tanto que la primera se preocupa más por garantizar el pleno goce de estas libertades, que por fundamentarlas⁵²².

De esta forma, y de acuerdo con el mismo autor, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos puede ser definido como: *“aquella rama del derecho internacional público que establece los derechos del ser humano por el simple hecho de serlo, basándose en última instancia en el principio de dignidad de la personal, el cual sostiene que todos los seres humanos tienen una misma dignidad y debe garantizárseles un mínimo de derechos como consecuencia de ello”*⁵²³.

Entre tanto, Faúndez Ledesma define los derechos humanos como las prerrogativas que, de acuerdo con el Derecho Internacional, *“tiene todo individuo frente a los órganos del poder para preservar su dignidad como ser humano, y*

521 Ver Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008, pag. 35.

522 Véase Bidart Campos, G., Casos de Derechos Humanos, Buenos Aires, Ediar, 1997, pág. 13. Citado por Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág. 35.

523 Ver Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág. 35.

*cuya función es excluir la interferencia del Estado en áreas específicas de la vida individual, o asegurar la prestación de determinados servicios por parte del Estado, para satisfacer sus necesidades básicas, y que reflejan las exigencias fundamentales que cada ser humano puede formular a la sociedad de que forma parte*⁵²⁴.

En esta definición, de acuerdo con el mismo autor, se potencian los elementos materiales y formales de la noción de los derechos humanos, así como su carácter universal y de derecho positivo. De igual modo, en esa definición también subraya el carácter histórico y valorativo de esos derechos, como el producto inacabado de las luchas sociales, y que reflejan un determinado tipo de sociedad⁵²⁵.

En una línea similar, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, en la sentencia N°2003-2771 de 4 de abril de 2003, dispuso: *“se pueden entender, como el conjunto de institutos que, con el desarrollo histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, en un amplio contexto geográfico que desborda a un Estado o a una región y que tiene vocación universal. En tanto que con la noción de derechos fundamentales se*

524 Véase Faúndez Ledesma, H., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Aspectos Institucionales y Procesales, Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004, págs. 5 y 6.

525 Ver Faúndez Ledesma, H., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Aspectos Institucionales y Procesales, op. cit., pág. 6.

*alude aquellos derechos humanos garantizados expresamente por el ordenamiento constitucional de un Estado en particular, y que se caracterizan por una tutela reforzada*⁵²⁶.

Por su lado, Pérez Luño los define como el conjunto de *“facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”*⁵²⁷.

En esta definición, de acuerdo con el autor, se subraya el sentido histórico de estos derechos, pues en su criterio, *“la experiencia se ha encargado de desvanecer, en menos de dos siglos, la ilusión iluminista de unos derechos humanos válidos semper et ubique*⁵²⁸”; en tanto que la referencia a los valores de dignidad, libertad e igualdad, se justifica en la medida en que constituyen *“los tres ejes fundamentales en torno a los cuales se ha centrado siempre la reivindicación de los derechos humanos, revistiendo, eso sí, en distintos momentos históricos un contenido*

526 Sobre el particular, Llobet Rodríguez entiende que en esa sentencia la Sala Constitucional omite realizar una referencia expresa al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con lo que en esa definición se acerca a las concepciones del derecho natural. Véase Llobet Rodríguez, J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág. 37.

527 Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 2010, pág. 51.

528 Ver Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 51.

diverso”⁵²⁹. Finalmente, en esa definición se insiste en la necesidad de reconocer positivamente esos derechos.

Por su parte, Díez-Picazo distingue entre derechos fundamentales y derechos humanos del siguiente modo: *“la expresión derechos humanos designa normalmente aquellos derechos que, refiriéndose a valores básicos, están declarados por tratados internacionales. La diferencia entre derechos fundamentales y derechos humanos estribaría, así, en el ordenamiento que los reconoce y protege: interno, en el caso de los derechos fundamentales; internacional, en el caso de los derechos humanos. Dicho esto, el problema es si entre los derechos fundamentales y los derechos humanos hay separación o comunicación. A favor de la idea de que no se trata de compartimentos estancos militan dos factores ya conocidos: la tendencial identidad de los valores protegidos, y la creciente internacionalización de la protección de los derechos. Ello es particularmente claro en el ámbito regional europeo, donde hay una aplicación capilar, cada día más intensa, del Convenio Europeo de Derechos Humanos”*⁵³⁰.

De modo que mientras los derechos fundamentales son los reconocidos y protegidos en el ámbito interno de cada Estado, normalmente mediante el recurso de amparo (con algunas salvedades como

529 Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 49.

530 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Thomson-Cívitas, 2008, Madrid, pág. 40.

es el caso italiano) los derechos humanos más bien han sido proclamados en el ámbito internacional, normalmente a partir de la emisión de declaraciones o proclamaciones de derechos.

I.A. Las diferentes expresiones de la noción de los derechos humanos.

Cabe mencionar que la noción de los derechos humanos ha recibido múltiples denominaciones en la doctrina, las cuales, sin embargo, sin duda poseen cierta carga valorativa y responden a un desarrollo particular de estos derechos. Sobre el particular, Bidart Campos y Carnota mencionan las siguientes⁵³¹:

- derechos del hombre: que corresponde al mote utilizado en la Declaración Francesa de 1789; esta concepción de finales del siglo VIII cubría menos facultades subjetivas de lo que contemporáneamente se entiende por “*derechos humanos*”;
- derechos de la persona humana: se trata de una locución clásica parecida a la anterior con un resabio iusfilosófico; para Diez-

531 Ver Bidart Campos, G., y Carnota, W., Derecho Constitucional Comparado, Tomo II, Ediar Ediciones, primera edición, Buenos Aires, 2001, págs. 8-10.

Picazo, la expresión derechos de la personalidad procede del derecho civil, y sirve para designar un conjunto más bien heterogéneo de derechos subjetivos “(*vida e integridad; honor, intimidad e imagen; nombre, pseudónimo y títulos nobiliarios; condición de autor*)” que se caracteriza negativamente por su naturaleza no patrimonial y positivamente por proteger determinados atributos de la personalidad misma⁵³²;

- derechos individuales: que responde al individualismo liberal propio del primer Constitucionalismo; de acuerdo con Pérez Luño, este término ha sido progresivamente abandonado en la doctrina y en la legislación, y ha sido empleado como sinónimo de los derechos humanos en el período en que se identificaron con el reconocimiento de determinadas libertades conectadas con la autonomía de los individuos⁵³³;
- derechos subjetivos: esta denominación tiene su origen en el derecho privado, y subraya un sujeto al cual pertenecen esos derechos;

532 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 41.

533 Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit., págs. 36 y 37.

- derechos públicos subjetivos: designa aquellas facultades que son reconocidas al hombre ciudadano, que se producen en una relación entre el Estado y los sujetos reconocidos por el ordenamiento jurídico; de acuerdo con Pérez Luño; esta noción de los derechos públicos subjetivos fue elaborada por la dogmática alemana del derecho público de finales de siglo XIX, y con ella se intentó inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado, en cuanto persona jurídica y los particulares, desvinculándose de cualquier *contaminación iusnaturalista*⁵³⁴; por su parte, Díez-Picazo entiende que con ellos genéricamente se hace referencia a aquellos derechos que los particulares ostentan frente al Estado o, mayor precisión, frente a cualesquiera poderes públicos; en un sentido más técnico, no son todos los derechos oponibles a los poderes públicos, sino tan sólo aquéllos que están sometidos al Derecho Administrativo⁵³⁵;
- derechos fundamentales: se trata de una noción más reciente, propia del Constitucionalismo actual, y se refiere a los derechos

534 Ver Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 33.

535 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 41.

que han sido receptados en una Constitución; Este término, *droits fondamentaux* apareció por vez primera en 1770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos y del Ciudadano de 1789. Esta expresión luego alcanzó especial relieve en Alemania, donde bajo el título de Grundrechte se articuló el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico y político. De ahí que la gran parte de la doctrina, según Pérez Luño, entienda que los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivizados en las constituciones estatales⁵³⁶.

- derechos naturales: procede de la escuela iusnaturalista y enfatiza que los derechos humanos son supra-positivos y no son concebidos graciosamente por el Estado, quien se limita a reconocerlos; en este sentido, y siguiendo a Thomas Paine, mientras los derechos humanos constituyen una conjunción de los derechos naturales, es decir, “*aquellos que le corresponden al hombre por el mero hecho de existir*”, los derechos civiles “*aquellos*

⁵³⁶ Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. págs. 32 y 33.

que le corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad”⁵³⁷;

- derechos innatos: comparte el bagaje ius-filosófico del nombre anterior y su carácter previo a su recepción positiva;
- libertades públicas: que tiene su origen en el sistema francés; esta denominación está restringida a los derechos públicos subjetivos de cariz individualista. Sobre lo anterior Pérez Luño explica que el término fue empleado a finales del siglo XVIII y, en concreto, en el artículo 9º de la Constitución 1793, de la siguiente manera: “*la loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l’oppression de ceux qui gouvernent*”; en la actualidad, de acuerdo con el mismo autor, algún sector doctrinal ha asimilado las nociones de derechos humanos y libertades públicas, en tanto que otro sector, “*prefiere mantener una neta distinción entre ambos términos, en base al carácter estrictamente jurídico-positivo de las libertades públicas*”⁵³⁸. Sobre el particular, Rivero advierte que los derechos humanos y las libertades públicas no pueden coincidir por dos razones: la

537 Ver Paine, T., Los derechos del hombre, FCE, México 1944, pág. 61. Citado por Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 32.

538 Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 38.

primera, ambas nociones no comparten el mismo plano, pues las libertades públicas únicamente son los derechos humanos positivizados; la segunda, tampoco tienen el mismo contenido, porque las libertades públicas no comprenden los derechos sociales⁵³⁹; por su parte, Díez-Picazo señala que el término libertades públicas: *“carece de un significado técnico consolidado, al menos en España. Es verdad que aparece en la rúbrica de la Sección 1º del Capítulo II del Título I de la Constitución (De los derechos fundamentales y libertades públicas); pero nadie le ha atribuido jamás una sustantividad propia. Se trata de una mera reiteración estilística. Debe entenderse, así, que los términos libertades públicas y derechos fundamentales son sinónimos. A lo sumo, en la expresión libertades públicas cabría apreciar una especial idoneidad para referirse a aquellos derechos fundamentales que garantizan ámbitos de autonomía frente al Estado, en vez de facultades de participación*⁵⁴⁰;

539 Ver Rivero, J., Les libertés publiques, 1. Les droits del homme, PUF, París, 1973, pág. 16. Citado por Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. págs. 38-39.

540 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 40.

- derechos constitucionales: propia de la escuela de derecho positivo; alude primordialmente a su admisión en el texto de las constituciones positivas y a su garantía jurisdiccional⁵⁴¹.

Así, esta pluralidad de expresiones sobre la denominación de los derechos humanos es explicada por Bidart Campos y Carnota de la siguiente forma: *“si nos elevamos al plano suprapositivo del fundamento de los derechos, el lenguaje jurídico podrá tomar prestadas algunas denominaciones de origen filosófico, o hasta histórico. Si nos movemos en el lenguaje normativo, cada constitución adoptará el suyo, no desvinculado de la ascendencia ideológica que registra la filosofía de esa constitución, ni de su contexto histórico (donde le mismo lenguaje cobra significaciones particulares en cada tiempo y en cada circunstancia), ni del ambiente extraterritorial (por alusión a lo supra estatal o Internacional) o del derecho comparado”*⁵⁴².

I.B. Notas características de los derechos humanos.

Ahora bien, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como disciplina jurídica, forma parte del Derecho Internacional Público, pero tiene la particularidad que no regula relaciones entre distintos Estados,

541 Sobre lo anterior es preciso revisar: Bidart Campos, G., y Carnota, W., Derecho Constitucional Comparado, op. cit. págs. 8-10.

542 Ver Bidart Campos, G., y Carnota, W., Derecho Constitucional Comparado, op. cit., pág. 10.

sino que reconoce derechos al ser humano frente al primero⁵⁴³. Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982, sostuvo:

*“Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”*⁵⁴⁴

543 Véase Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág 37.

544 De acuerdo con Llobet Rodríguez, este criterio ha sido reiterado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las siguientes decisiones: “la sentencia 54 de 25 de septiembre de 1999, No. 43-44, que resolvió la competencia en el caso Ivcher Bronstein; la sentencia 55 de 24 de septiembre de 1999, No. 41-42, que se trata de una resolución de competencia en relación con el llamado caso del Tribunal Constitucional; opinión consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986, No. 24, que señaló que el sistema establecido en la Convención está destinado a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”, entre otras. Véase Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág 38.

De esta forma, en el caso del sistema interamericano de derechos humanos, esta situación se deduce con toda claridad del contenido del artículo 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De ahí que *“sea el Estado el que está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, y es el Estado el que debe organizar el poder público de manera que pueda garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Por consiguiente, es la conducta del Estado, a través de cualquier persona que actúe en el ejercicio de la autoridad pública, la que puede caracterizarse como una violación de los derechos humanos”*⁵⁴⁵.

De lo anterior se infiere una nota característica de los derechos humanos, que consiste (de acuerdo con Faúndez Ledesma) en el hecho que sus obligaciones correlativas recaen en los Estados y no en otros individuos (o grupos de individuos), aspecto que es conocido como el efecto vertical de de estos derechos⁵⁴⁶.

Así, en palabras del mismo autor, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no sirve para decidir controversias entre particulares o entre las empresas, ni tampoco es una rama del Derecho para resolver

545 Ver Faúndez Ledesma, H., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Aspectos Institucionales y Procesales, op. cit., pág. 7.

546 Véase Faúndez Ledesma, H., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Aspectos Institucionales y Procesales, op. cit., pág. 8.

conflictos de intereses entre los poderes estatales. En este orden de ideas, en el artículo 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se contempla el derecho de las personas, grupos de personas, u organizaciones no-gubernamentales, de recurrir ante la instancia pertinente para denunciar a los Estados por violación de los derechos consagrados en la Convención; no así, la posibilidad que un individuo denuncie a otro individuo, o que un órgano del Estado establezca una denuncia contra otro órgano del mismo Estado para resolver un conflicto de competencias entre ellos⁵⁴⁷.

De ahí justamente que se pueda distinguir al Derecho Internacional clásico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lo anterior por cuanto, en el primer caso, las relaciones entre los Estados normalmente se producen en términos horizontales, en tanto que el segundo se caracteriza porque las partes que integran la relación se encuentran en un plano desigual, entre el Estado y los individuos bajo su jurisdicción, es decir, por una relación vertical⁵⁴⁸.

De todo lo anterior se concluye que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy día es derecho positivo y no sólo natural, y desde

547 Véase Faúndez Ledesma, H., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Aspectos Institucionales y Procesales, op. cit., pág. 8.

548 Ver Faúndez Ledesma, H., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Aspectos Institucionales y Procesales, op. cit., págs. 10-11.

la segunda guerra mundial se ha plasmado en diversos instrumentos internacionales, entre ellos, tratados, declaraciones, directrices, principios y reglas mínimas aprobadas por la comunidad internacional; de igual modo, la costumbre internacional ha servido para consolidar determinados derechos humanos y, en ese tanto, también es fuente del Derecho Internacional Público⁵⁴⁹.

Sección II. Antecedentes históricos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En esta sección serán examinados los antecedentes históricos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tanto desde la perspectiva del derecho interno (y del reconocimiento por parte de los Estados de ciertos derechos a los particulares, desde la edad media hasta nuestros días), como el proceso de internacionalización, que ha culminado como se verá más adelante con el establecimiento de sistemas mundiales y regionales de protección o defensa de los derechos aludidos.

II.A. Desde la perspectiva del derecho interno.

549 Véase Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág 44.

De acuerdo con Pérez Luño, en la Edad Media surgieron los primeros documentos jurídicos que, aunque de manera fragmentada y con significación equívoca, reconocieron ciertos derechos fundamentales⁵⁵⁰. De tales documentos medievales, el que ha alcanzado mayor relevancia es la *Magna Charta Libertatum* o *Carta Magna*, que se trata de un contrato suscrito el 15 de junio de 1215, entre el rey Juan, los obispos y los barones de Inglaterra. Así, de acuerdo con el mismo autor, a esta carta se le ha asignado un decisivo papel en el desarrollo de las libertades públicas inglesas y, por ello, ha recibido el glorioso epíteto de *fundamentum libertatis Angliae*⁵⁵¹.

De otro lado, si bien en esta carta no se consagraron derechos para todos los particulares, sino para los caballeros, tiene gran relevancia lo dispuesto en el artículo 38, en cuya virtud: “*Ningún alguacil podrá en el futuro en juicio a ningún hombre sobre su acusación singular, sin que se produzcan testigos fidedignos para probarla*”. Además, en el artículo 39 se estableció: “*Ningún hombre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera, y no dispondremos sobre él, ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares, o por la ley del país*”, en tanto que en

550 Ver Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 114.

551 Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 114.

el artículo 40 se dispuso: “*a nadie venderemos, a nadie negaremos ni retardaremos el derecho a la justicia*”⁵⁵².

Entre las notas características de la Carta Magna, de acuerdo con Pérez Luño, es posible destacar las siguientes:

- en cuanto a su fundamento, porque los derechos que la carta consagra responden a prácticas o principios consuetudinarios, a los que también se atribuye una base iusnaturalista;
- en lo que toca a la titularidad, dicho documento tiene la virtud de reconocer derechos a ciertas personas por su pertenencia a determinados estamentos y con objetos muy concretos;
- finalmente, en lo que toca a la naturaleza jurídica, este documento es un texto jurídico-positivo, que podía ser invocado por sus titulares ante los tribunales de Justicia. También advierte el autor sobre la técnica en que fue elaborado este documento, la cual es

552 Ver Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., págs. 50-51.

más cercana al derecho privado que al público, lo cual es un elemento notorio de los documentos de esa época⁵⁵³.

Cabe mencionar que a inicios del siglo XVII la Carta Magna fue utilizada por el jurista Edward Coke como instrumento de resistencia parlamentaria frente a los intereses absolutistas de los Estuardo. En este orden, Pérez Luño explica que Coke amplió el alcance de las libertades consagradas en la Carta e interpretó, según las exigencias de su tiempo, que eran aplicables a todos los particulares⁵⁵⁴.

Así, el artículo 39 de la Carta Magna fue utilizado como punto de partida del *Petition of Rights* de 7 de junio de 1628 (inspirado directamente en el pensamiento de Coke) y del *Habeas Corpus Amendment Act* del 26 de mayo de 1679, que en la actualidad protege la libertad personal del súbdito inglés. Diez años más tarde fue promulgado el *Bill of Rights* por las Cámaras, el cual fue sancionado por Guillermo de Orange⁵⁵⁵.

553 Sobre lo anterior, véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. págs. 114-115.

554 Ver Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. págs. 1143-115.

555 Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 115.

De este modo, en el *Petition of Rights* se dispuso la imposibilidad de establecer tributos sin la autorización del Parlamento, ni se podía detener a una persona sin base en la ley ordinaria. Además, fueron suprimidas la ley marcial, así como la obligación de alojar soldados. En suma, “*se trata de una petición de derechos que fue formulada por el Parlamento al rey inglés, al reunirse a discutir los impuestos para pagar los gastos de la guerra que había tenido lugar en contra de España. Se dio en un contexto de opresión por parte del monarca anterior, que había llevado al desconocimiento de las conquistas políticas anteriores*”⁵⁵⁶.

Pero también destaca Llobet Rodríguez, durante el período de colonización española a América, los siguientes documentos:

- la instrucción de los reyes católicos a Nicolás Obando, Gobernador de las Indias del 16 de septiembre de 1501;
- las leyes de Burgos del 27 de diciembre de 1512;
- la cédula concedida por Fernando el Católico en 1514;
- el decreto de Carlos I sobre la esclavitud en Indias de 1526;
- la Bula *sublimis deus*, concedida por Paulo III el 2 de junio de 1537;

⁵⁵⁶ Ver Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág. 51

- y las leyes nuevas de indias del 20 de noviembre de 1542⁵⁵⁷;

Ahora bien, en lo que toca a las declaraciones americanas de derechos, Pérez Luño considera que abren una nueva etapa en el proceso de positivización de estos derechos⁵⁵⁸, y que dieron lugar a la Constitución de los Estados Unidos de América; tales son, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 12 de junio de 1776, la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América del 4 de julio de 1776, y la Declaración de derechos y normas fundamentales de Delaware de 11 de septiembre de 1776. En este orden, Llobet Rodríguez afirma que estas *“declaraciones recibieron influencia de las inglesas, pero fueron impulsadas fundamentalmente mediante la lucha por la tolerancia religiosa”*⁵⁵⁹.

Entre las notas características de este tipo de declaraciones, Pérez Luño menciona las siguientes:

557 Véase Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág. 51.

558 Ver Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 114.

559 Véase Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág. 52.

- en cuanto a su fundamentación, en estas declaraciones se refuerza la legitimación iusnaturalista, en tanto que se abandona la justificación consuetudinaria e histórica de las libertades;
- en lo que toca a la titularidad, tales derechos han perdido sin vinculación con determinados estamentos o grupos de personas, y más bien corresponden a todos los ciudadanos de un Estado, o de todos los hombres por el mero hecho de serlos;
- de otro lado y en lo que respecta a la naturaleza jurídica de estos documentos, el autor afirma que están mejor elaborados que los de la edad media (*al formar en ellos los derechos fundamentales un conjunto orgánico en el que se proclaman libertades y derechos bien articulados*). También menciona el autor que estas declaraciones no han sido concebidas en términos de derecho privado, “*sino como instrumentos fundadores del derecho público*”⁵⁶⁰.

De las anteriores declaraciones americanas de derechos humanos, sin duda la más relevante es la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, en la cual fueron plasmados varios principios esenciales de la

560 Sobre todo lo anterior véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. págs. 116 y 117.

ideología iusnaturalista, de corte individual y liberales⁵⁶¹. Así, en la sección I de esta declaración se dispuso: *“Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los que, cuando entran en estado de sociedad, no pueden privar o desposeer a su posteridad por ningún pacto, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios de adquirir y poseer la propiedad y de buscar y obtener la felicidad y la seguridad”*. Sobre el particular, Pérez Luño afirma que en la enunciación del derecho de libertad tuvo especial relevancia la defensa de la libertad de religión⁵⁶².

Cabe mencionar, de acuerdo con Castro Padilla, que las ideas recogidas por estas declaraciones de derechos humanos (incluyendo la Declaración *Francesa* de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789), parten de teorías contractualistas que pretenden explicar la existencia de la sociedad y del Estado sobre la base de un pacto o contrato entre individuos libres e iguales, quienes, aún en un estado de naturaleza o pre-social, acuerdan de manera voluntaria su asociación, dando origen a la sociedad y al poder político. Tales teorías también tienen como punto de origen la afirmación del derecho natural de corte racionalista, en cuya virtud: *“se deducen un conjunto de derechos naturales subjetivos, previos a las relaciones sociales,*

561 Ver Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 116.

562 Véase Pérez Luño A. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. págs. 116-117.

políticas y jurídicas, ya vigentes en el estado de naturaleza, y cuya defensa es la razón de ser del pacto social y, por consiguiente, el límite del ejercicio del poder estatal”⁵⁶³.

Es claro que las ideas anteriores se manifiestan en el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en que se dispuso: *“Los representantes del pueblo francés, que han formado una Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, la negligencia o el desprecio de los derechos humanos son las únicas causas de calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne estos derechos naturales, imprescriptibles e inalienables; para que, estando esta declaración continuamente presente en la mente de los miembros de la corporación social, puedan mostrarse siempre atentos a sus derechos y a sus deberes; para que los actos de los poderes legislativo y ejecutivo del gobierno, pudiendo ser confrontados en todo momento para los fines de las instituciones políticas, puedan ser más respetados, y también para que las aspiraciones futuras de los ciudadanos, al ser dirigidas por principios sencillos e incontestables, puedan tender siempre a mantener la Constitución y la felicidad general. Por estas razones, la Asamblea Nacional, en presencia del Ser Supremo y con la esperanza de su bendición y favor, reconoce y declara los siguientes Derechos del Hombre y del Ciudadano”*.

563 Véase Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, op. cit., págs.44-45.

La trascendencia de la promulgación de la Declaración francesa de 1789 radica, de acuerdo con Pérez Luño, en que supuso un modelo de libertad para todos los pueblos y los ciudadanos de Europa, que todavía estaban sujetos al absolutismo⁵⁶⁴. A pesar de lo anterior, esa declaración no fue suficiente para impedir el período de terror que se verificó con posterioridad a la Revolución Francesa, así como la Declaración de Virginia ni la de Independencia de los Estados Unidos sirvieron para impedir la esclavitud en ese país, sino hasta el año 1848⁵⁶⁵.

En todo caso, estos documentos tuvieron un gran impacto en las Constituciones que fueron promulgadas durante el siglo XIX, y a modo de ejemplo Llobet Rodríguez menciona las siguientes:

- las Constituciones de Francia de 4 de junio de 1814 y 4 de noviembre de 1948;
- la Constitución de Bélgica de 6 de abril de 1831;
- la Constitución de Austria de 25 de abril de 1848;
- la Constitución del *Reich* alemán de 28 de marzo de 1849;
- la Constitución de Prusia del 31 de enero de 1850;

564 Ver Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit. pág. 118.

565 Véase Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág. 58.

- la Constitución española de 19 de marzo de 1812 (de Cádiz)⁵⁶⁶;

II.B. El proceso de internacionalización de los derechos humanos.

Ahora bien, en lo que toca al proceso de internacionalización de los derechos humanos, sin duda es relevante el convenio suscrito en el siglo XVII por el Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, el Rey de Francia y sus aliados el 24 de octubre de 1648, denominado Tratado de Westfalia, que contenía disposiciones relativas a la libertad religiosa⁵⁶⁷. Así, de acuerdo con Mariño Menéndez, estos acuerdos de paz pueden ser considerados con propiedad como un sistema jurídico internacional regional europeo, en la medida en que sirvieron para poner fin a la “*sangrienta y devastadora guerra de religión denominada Guerra de los Treinta Años y reordenó el mapa europeo*”⁵⁶⁸.

566 Véase Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, op. cit., pág. 58.

567 Véase Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 39.

568 Ver Mariño Menéndez, F., Antecedentes Doctrinales e Institucionales de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, en Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo II, Siglo XVIII, Volumen III, El derecho positivo de los Derechos Humanos. Derechos Humanos y Comunidad Internacional: los orígenes del sistema, Dykinson, L.M., 2001, pág. 402.

Este orden westfaliano también permitió consolidar el respeto de la soberanía de cada Estado, constituyéndose en la base de un orden de pura coexistencia internacional que afrontó como problema central, el de la pacificación y terminación de los enfrentamientos religiosos⁵⁶⁹. De esta forma, se marcaron los límites geográficos entre reformados y católicos, y se frenó el avance de la contrarreforma en Europa Central⁵⁷⁰.

Con posterioridad, en el siglo XIX se firmó el Tratado de París de 30 de marzo de 1856 por parte de Austria, Gran Bretaña, Francia, Prusia, Rusia, Cerdeña y Turquía, así como el Tratado de Berlín de 13 de julio de 1878 suscrito por Gran Bretaña, Austria-Hungría, Francia, Italia, Alemania, Rusia y Turquía⁵⁷¹, los cuales contenían disposiciones relativas a la libertad de religión.

Finalmente, en el siglo XX se firmó el acuerdo de paz que puso fin a la primera guerra mundial, es decir, el Tratado de Versalles de 28 de junio

569 Véase Mariño Menéndez, F., Antecedentes Doctrinales e Institucionales de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 403.

570 Ver Mariño Menéndez, F., Antecedentes Doctrinales e Institucionales de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 403.

571 Véase Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 39.

de 1919, del cual surgió la Sociedad de las Naciones⁵⁷². De acuerdo con Pérez Luño, si bien este documento tuvo serias limitaciones en cuanto a su efectividad, no es posible soslayar la labor desarrollada por la sociedad ginebrina en la elaboración jurídico-positiva de un régimen protector de las minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, así como el origen de la Organización Internacional del Trabajo, que luego se convirtió en un organismo especializado de las Naciones Unidas, y que ha tenido un papel primordial en la positivización de los derechos económicos y sociales⁵⁷³.

Asimismo, en el artículo 22 del mencionado Tratado de Versalles se estableció el Sistema de Mandatos de la Sociedad de las Naciones, que se aplicaba a las colonias y los territorios que, a consecuencia de la guerra, debían ser administrados bajo las potencias vencedoras, de acuerdo con el

572 Ver Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 39 y Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Cuarta Edición, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 126.

573 Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit., pág. 128. De este modo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del Pacto de la Sociedad de las Naciones, los Estados miembros debían esforzarse por asegurar condiciones de trabajo equitativas y humanitarias para el hombre, la mujer y el niño, en sus propios territorios, e igualmente debían esforzarse por constituir organizaciones internacionales con ese fin. Sobre lo anterior, se puede revisar, Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 40.

principio que el “*bienestar y el desarrollo de sus pueblos constituían una misión sagrada de civilización*”⁵⁷⁴.

Así, de acuerdo con Bou Franch y Castillo Daudí, las potencias mandatarias habían asumido la obligación de elaborar un informe mensual a la Sociedad de las Naciones y, en concreto, a la Comisión de Mandatos, sobre el cumplimiento de sus obligaciones. De esta manera funcionó el sistema de mandatos hasta que desapareció la Sociedad de las Naciones, aunque algunos subsistieron⁵⁷⁵. Luego, indican los mismos autores, los Estados que crearon la Organización de las Naciones Unidas diseñaron en la Carta de la ONU un Régimen Internacional de Administración Fiduciaria, que se aplicaba justamente a los Mandatos que subsistían al disolverse la Sociedad de Naciones, así como a otros territorios no autónomos; dicho régimen se mantuvo hasta que todos los territorios sometidos accedieron a la independencia⁵⁷⁶.

En suma, este proceso de internacionalización de los derechos humanos (que, como se verá más adelante, su manifestación más visible

574 Ver Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 40.

575 Véase Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 40.

576 Véase Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 40.

actualmente lo constituye el sistema de la Organización de las Naciones Unidas), ha facilitado la conquista, por parte de los derechos humanos, de una estricta dimensión y estatutos supra-estatales que sustraen su efectivo disfrute de la presunta arbitrariedad interesada de los Estados nacionales⁵⁷⁷. A lo anterior se debe agregar el proceso de implantación del control jurisdiccional de las relaciones internacionales, que ha potenciado el alcance de los derechos humanos, no sólo por la emisión de convenciones en esta materia, sino también por el establecimiento de órganos especializados en el cumplimiento de los acuerdos que se han adoptado⁵⁷⁸.

De esta manera, el mencionado proceso de internacionalización de los derechos humanos en la actualidad ha culminado con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, luego de la Segunda Guerra Mundial. Sobre lo anterior, Perez Luño explica que el proceso de positivación internacional de los derechos humanos va estrechamente ligado a los principales acontecimientos políticos. Así, el movimiento que inició a partir de la emisión del Tratado de Versalles pudo considerarse como el resultado de la paulatina democratización del derecho internacional que siguió luego

577 Ver Castro de Cid, B., Etapas del proceso de consolidación, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, Universitas, Sociedad Anónima, Madrid, 2003, pág. 51.

578 Véase Castro de Cid, B., Etapas del proceso de consolidación, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, op. cit. pág. 51.

de la Primera Guerra Mundial. Esta línea evolutiva fue interrumpida, sin embargo, con el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, la cual propició en los aliados una conciencia en el sentido que la protección de los derechos del hombre había dejado de ser una cuestión doméstica, sometida a la voluntad de los Estados, para convertirse en un problema internacional⁵⁷⁹.

Este carácter se puso de manifiesto durante las reuniones preparatorias de la Carta de San Francisco (entre ellas, la Carta del Atlántico de 1941, la Declaración de las Naciones Unidas de 1942, las Propuestas de Dumbarton Oaks de 1944 y la Conferencia de Yalta de 1945); en todas ellas se potenció el reconocimiento internacional de los derechos humanos como una condición esencial para la paz y el progreso internacionales.

De este modo, entre el 21 de agosto y el 7 de octubre de 1944 se celebró la Conferencia Internacional de Dumbarton Oaks, a la que asistieron representantes de las cuatro potencias de la época, es decir, China, Estados Unidos, Reino Unido y la anterior Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. En ella se preparó el proyecto de la Carta de las Naciones Unidas, que fue ultimado en la Conferencia de Yalta de febrero

579 Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit., págs. 128 y 129.

de 1945. En esta última ocasión se también se acordó celebrar una reunión en los Estados Unidos el 25 de abril de 1945 con el fin de establecer una Organización Internacional de las Naciones Unidas⁵⁸⁰.

En efecto, en esa fecha se celebró la Conferencia de las Naciones Unidas (en la ciudad de San Francisco, California), en la cual intervinieron 50 Estados aliados. En estos días fueron emitidos dos documentos que sentaron las bases del orden internacional de la post-guerra, a saber: la Carta de las Naciones Unidas y el Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, los cuales fueron aprobados por unanimidad y entraron en vigor el 24 de octubre de ese año⁵⁸¹.

En la Carta se establecieron los órganos principales de la Organización de las Naciones Unidas, entre ellos, la Asamblea General de las Naciones Unidas, que está compuesta por representantes de todos los Estados miembros, y que realiza funciones consultivas y recomendatorias, y el Consejo de Seguridad, que tiene un número limitado de miembros, y en el que intervienen como miembros permanentes: China, los Estados Unidos de América, Francia, la antigua Unión de Repúblicas Socialistas

580 Ver Martínez Morán, N., Reconocimiento y Protección Internacional, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, Universitas, Sociedad Anónima, Madrid, 2003, pág. 51.

581 Véase Martínez Morán, N., Reconocimiento y Protección Internacional, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, op. cit. pág. 224.

Soviéticas, y el Reino Unido. Este órgano tiene funciones decisorias sobre el mantenimiento de la seguridad y la paz internacionales. Otros órganos de la Organización de las Naciones Unidas son: el Consejo de Administración Fiduciaria, el Consejo Económico y Social, el Tribunal Internacional de Justicia y el Secretario General⁵⁸².

De los anteriores órganos, el más relevante sin duda es el Consejo de Seguridad, el cual (de acuerdo con el artículo 24 de la Carta) le corresponde el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales. Este órgano está compuesto por 15 miembros y en materia de derechos humanos cumple una última instancia *“cuando la Asamblea General acuerda llamar la atención sobre situaciones que pueden poner en peligro la paz y la seguridad. En algunos casos, ha adoptado medidas contundentes para obligar a los Estados a cumplir sus obligaciones internacionales respecto al mantenimiento de la seguridad y la paz”*⁵⁸³, como han sido los casos del *apartheid* en África del Sur y en Namibia. Pero también ha intervenido en los conflictos entre las étnicas africanas, la invasión de Kuwait por parte de Irak, en la guerra de los territorios de la

582 Ver Martínez Morán, N., Reconocimiento y Protección Internacional, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, op. cit. pág. 224.

583 Véase Martínez Morán, N., Reconocimiento y Protección Internacional, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, op. cit. págs. 224 y 225.

antigua Yugoslavia, en la contienda en medio oriente o en la guerra de Afganistán⁵⁸⁴.

Cabe mencionar, de acuerdo con Bou Franch y Castillo Daudí, que en la Carta de las Naciones Unidas se omitió definir las nociones de los derechos humanos o libertades fundamentales, así como establecer un sistema internacional de protección de los derechos humanos. Lo anterior por cuanto, según los mismos autores, las principales potencias victoriosas tenían “*algún problema en el ámbito de los derechos humanos: la Unión Soviética tenía su policía política y sus gulags; en Estados Unidos existía la discriminación racial, consagrada por su propio ordenamiento jurídico; Francia y el Reino Unido todavía tenían imperios coloniales*”⁵⁸⁵. Pese a ello, dicho instrumento sentó las bases conceptuales y jurídicas del futuro desarrollo de la protección internacional de los derechos humanos⁵⁸⁶.

584 Véase Martínez Morán, N., Reconocimiento y Protección Internacional, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, op. cit. págs. 224 y 225.

585 Ver Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 44.

586 Véase Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 44.

Así, de la Carta de las Naciones Unidas los siguientes artículos contienen disposiciones relativas a los Derechos Humanos⁵⁸⁷:

- los artículos 1 y 13: en los cuales, por un lado, se enuncia entre los propósitos de la Organización la obligación de “*realizar la cooperación internacional en el desarrollo y en el estímulo del respeto de los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos raza, sexo, idioma o religión*” y, por otro, se encomienda a la Asamblea General el deber de “*fomentar la cooperación internacional y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*”;
- el artículo 55, en que se profundiza sobre las obligaciones de la Organización en el sentido de promover “*el respeto de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos o libertades*”;

587 Sobre lo anterior véase Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 45.

- el artículo 56, en que se enuncian las obligaciones de los Estados miembros de la Organización, con el fin de realizar los propósitos contemplados en el artículo 55;
- los artículos 62 y 68, en cuya razón se atribuyó a uno de los principales órganos de la Organización, el Consejo Económico y Social, por una parte, la facultad de hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto de los derechos humanos, las libertades fundamentales, así como su efectividad y, por otra, establecer comisiones para la promoción de los Derechos Humanos; de esta manera, y en ejercicio de esta última atribución, el 16 de febrero de 1946, el Consejo Económico y Social creó la Comisión de los Derechos Humanos;
- finalmente, el artículo 76, que forma parte del Capítulo relativo al Régimen Internacional de Administración Fiduciaria, entre cuyos objetivos se encuentre el de: *“promover el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos sin hacer distinción por motivos raza, sexo, idioma o religión, así como el reconocimiento de la independencia de los pueblos del mundo”*.

Aunque en la Carta de las Naciones Unidas, como se ha indicado, se omitió elaborar un catálogo de los derechos humanos, en el año 1946 la Asamblea General de la ONU le encomendó a la Comisión de Derechos Humanos (que había sido creado en el mismo año por el Consejo Económico Social) la redacción de una Carta General de los Derechos Humanos. Así, durante el proceso de elaboración de esa declaración sobresalieron los aportes de R. Bassin (Francia), L. Chang (China), Ch. Malik (Libano), E. Roosevelt (Estados Unidos), y J. P. Humphery, de la Secretaría General de las Naciones Unidas⁵⁸⁸.

De esta forma, si bien en la Comisión de Derechos Humanos inicialmente se propuso que sus trabajos tuvieran un triple resultado: la adopción de una declaración de derechos humanos, la adopción de un pacto de derechos humanos y el establecimiento de medidas para asegurar su disfrute, con posterioridad se inclinó por elaborar un único instrumento, una declaración universal, ante la posibilidad que los Estados partes abandonaran la voluntad de cumplir esos compromisos⁵⁸⁹.

588 Ver Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 50.

589 Véase Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 50.

Así, y una vez que la Comisión de Derechos Humanos finalizó la redacción del proyecto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, con 48 votos a favor, ninguno en contra y 8 abstenciones⁵⁹⁰.

Esta declaración consta de un preámbulo y 30 artículos, de los cuales los dos primeros fijan los presupuestos y los criterios que sirven de fundamento a los derechos que ella reconoce, a saber, la dignidad humana, la libertad, la justicia, la igualdad y la paz en el mundo. Además, entre sus artículos 3 a 21 protege los derechos individuales, de los cuales se pueden mencionar, a modo de ejemplo: el derecho a la vida, el derecho a la libertad y a la seguridad de la persona, el derecho a no ser sometido a esclavitud ni servidumbre, el derecho a no ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes, el derecho a la igualdad ante la ley y la protección frente a la detención, el encarcelamiento y el exilio arbitrario, entre otros.

590 Véase Martínez Morán, N., Reconocimiento y Protección Internacional, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, op. cit. págs. 227 y 228.

Por otra parte, en los artículos 22 y 28 se protegen varios derechos económicos, sociales y culturales, entre los cuales destacan: el derecho al trabajo, el derecho a la seguridad social, el derecho a igual salario por un trabajo igual, la libertad sindical, el derecho al descanso y al disfrute del tiempo libre, la jornada de trabajo razonable y de vacaciones periódicas⁵⁹¹.

Cabe agregar que en la doctrina no existe consenso sobre el valor normativo y coercitivo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, al igual que otras resoluciones y declaraciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Sobre el particular, Pérez Luño distingue 3 orientaciones doctrinales:

- las tesis impugnadoras del carácter jurídico-internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre las cuales sobresalen las posturas de Hans Kelsen y Díez de Velasco;
- las tesis que mantienen la autoridad jurídica indirecta de la declaración: entre cuyos exponentes pueden ser destacados Lauterpacht, Mirkin-Guetzevitch y Vedross;

591 Véase Martínez Morán, N., Reconocimiento y Protección Internacional, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, op. cit. pág. 227.

- y las tesis que declaran el carácter jurídico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de las cuales la más representativa es la sustentada por René Cassin, quien tuvo como se indicó una participación decisiva en la elaboración del texto; otro exponente de esta orientación doctrinal puede ser Truyol y Serra⁵⁹².

Deste una perspectiva iusfilosófica, Bobbio sostiene que con esta Declaración inicia una tercera etapa en la afirmación de los derechos humanos, en un doble plano universal y positivo. En palabras del autor: “*los derechos humanos nacen como derechos naturales universales, se desarrollan como derechos positivos particulares, para encontrar al fin su plena realización como derechos positivos universales*”⁵⁹³.

Con posterioridad, el 16 de diciembre de 1966 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 2200 A (XXI), en que aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ambos

592 Véase Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, op. cit., págs. 79-84.

593 Véase Bobbio, N., Presente y Porvenir de los Derechos Humanos, en Anuario de Derechos Humanos, Madrid, 1981, pág. 133-136.

instrumentos internacionales de derechos humanos fueron desarrollados los derechos reconocidos por la Declaración Universal⁵⁹⁴.

Cabe mencionar que en el plano regional también se han aprobado diversos instrumentos de protección de los derechos humanos, los cuales también han establecido sendos mecanismos jurídicos para asegurar al particular el disfrute de esas libertades. Tales han sido los casos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, por mencionar alguno de ellos.

Sección III. El carácter normativo de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Una vez analizados en la sección anterior los antecedentes históricos del Derecho Internacional sobre los Derechos Humanos, tanto desde la perspectiva del derecho interno de los Estados, como en el plano internacional, de seguido será examinado el carácter normativo y exigible de estos instrumentos.

594 Ver Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, op. cit., págs. 54 y 55.

Sobre el particular, bien se puede adelantar que el carácter normativo de estos instrumentos depende de la manera en que está regulado por las distintas constituciones. Así, mientras en el sistema de justicia constitucional costarricense, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia ha defendido el carácter supraconstitucional de estos instrumentos (teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política), es distinto el caso del sistema español, donde los instrumentos internacionales de derechos humanos, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución Española de 1978, no tienen un valor normativo autónomo, sino que constituyen un criterio de interpretación de las libertades y los derechos fundamentales que la Carta Magna establece como tales.

Así, a modo de ejemplo, en el continente americano es posible mencionar algunas sentencias de las salas, cortes o tribunales constitucionales, en las cuales se ha potenciado el valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos; tales son:

- la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina, de 7 de junio de 1992, sobre la obligatoriedad de las normas internacionales de derechos

humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico: en esta decisión la Corte Suprema Argentina dispuso: *“que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —aprobada por ley 19865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La Convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta Convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de Fallos: 257:99 y 271:7 pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el (artículo) 27 de la Convención de Viena, según el cual: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”; que la necesaria aplicación del 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones*

que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado (artículo) 27”;

- la Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana de 24 de febrero de 1999, por medio del cual se interpretó el artículo 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se estableció en ese sistema el recurso de amparo para la protección de los derechos aludidos; en efecto, en esta sentencia la Corte Dominicana resolvió: *“Primero: Declarar que el recurso de amparo previsto en el artículo 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, es una institución de derecho positivo dominicano, por haber sido adoptada y aprobada por el Congreso Nacional, mediante resolución núm. 739 de 25 de diciembre de 1977, de conformidad con el artículo 3º de la Constitución de la República”;*
- la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú de 3 de enero de 2003, sobre los límites sustantivos y procesales en la legislación antiterrorista. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional peruano resolvió una acción de inconstitucionalidad dirigida contra un conjunto de decretos leyes

que habían sido emitidos para sustentar la legalidad de la lucha contra el terrorismo. De este modo, ese Órgano Jurisdiccional interpretó e hizo una aplicación directa de varios preceptos constitucionales, a partir de la interpretación de similares principios y valores contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la manera en que han sido desarrollados tanto por la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos;

- la Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia de 20 de enero de 2003, sobre los derechos de la víctima en la acción de revisión de la sentencia penal y los límites de la cosa juzgada y el principio de *non bis in idem*; en este pronunciamiento el Tribunal Constitucional Colombiano se apoyó en las interpretaciones realizadas por los órganos interamericanos de los derechos de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y sus familiares, así como las regulaciones existentes en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, para declarar que la acción de revisión de las sentencias penales proceden en los casos de preclusión de la

investigación, cesación de procedimiento y sentencia absolutoria, siempre y cuando se trate de violaciones de derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, y un procesamiento judicial interno, o una decisión de una instancia internacional de supervisión de control de derechos humanos, aceptada formalmente haya constatado la existencia del nuevo hecho o de la prueba no conocida al tiempo de los debates. Pero también procede en el supuesto en que una decisión judicial interna, o una decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos constaten un incumplimiento de las obligaciones del Estado colombiano en investigar de manera imparcial las lesiones alegadas;

- la Sentencia de la Sala Constitucional de El Salvador de 1º de abril de 2004, sobre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su vinculación axiológica con la Constitución (en el caso de la Ley anti Maras); en esta decisión el Tribunal Constitucional modifica el criterio seguido en anteriores fallos con respecto al Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, para reconocer que no son contrarias a la Constitución las normas

internacionales que sean análogas o reconozcan un derecho de modo más amplio que el Texto Fundamental;

- la Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia de 5 de mayo de 2004, sobre la aplicación de las normas y la jurisprudencia interamericanas de derechos humanos, el principio de unidad de la jurisdicción y la limitación de los alcances de la jurisdicción militar; en este fallo el Tribunal Constitucional Boliviano dispuso:
“...el tema ha sido motivo de pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Citamos lo pertinente de la sentencia del 16 de septiembre de 2000 emitida por dicho órgano jurisdiccional: “en un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la Jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra los bienes jurídicos propios del orden militar”... III.7 Es necesario, asimismo, reiterar que la jurisdicción ordinaria establecida por el artículo 116.III de la CPE deberá aplicarse, en el caso, dentro del contexto del debido proceso al que se refiere el punto III.2 de esta Sentencia, el cual “abarca las condiciones que

deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (Opinión Consultiva OC-9/87....). De ahí que el recurso de amparo instituido por el artículo 19 constitucional adquiere significación supra-institucional, tal como lo sostiene la doctrina, pues sus alcances y finalidad están dentro de un contexto internacional reafirmado por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos”⁵⁹⁵.

Tales son algunas decisiones adoptadas por las Cortes, Tribunales, o Salas Constitucionales especializadas (en el ámbito regional de la Organización de los Estados Americanos) con respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a su reconocimiento como fuente normativa autónoma y, por ello, plenamente aplicable para la resolución de un asunto en que se planté la violación de alguno de estos derechos, situados en la mayoría de los casos en un plano similar al de la Constitución, o por lo menos siempre superior al de la Ley.

⁵⁹⁵ El texto de las sentencias mencionadas, así como el de otras relacionadas con la vinculación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno de los Estados que integran la Organización de los Estados Americanos puede hallarse en: Diálogo Jurisprudencial, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Julio-Diciembre, núm. 1, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, México, 2006.

En una línea similar se encuentra la posición adoptada por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica en esta materia, según se verá infra. Sin embargo, en el sistema de justicia constitucional español este tema supone mayores dificultades en la interpretación a partir de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, así como las decisiones adoptadas por el Tribunal Constitucional Español, todo lo cual será analizado de seguido.

III.A. El caso costarricense.

Como se ha adelantado, en el ordenamiento jurídico costarricense los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, más que meros criterios de interpretación de los derechos fundamentales, constituyen verdaderas reglas jurídicas, motivo por el cual los particulares pueden exigirlos directamente ante las autoridades públicas, a tal grado que si reconocen un derecho o confieren mayor protección de una libertad o derecho fundamental que el previsto en la Constitución Política, priman sobre las disposiciones del Texto Constitucional.

En este sentido, se ha sostenido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a diferencia de los otros instrumentos del Derecho

Internacional, no tienen únicamente un valor superior a la Ley de acuerdo con el artículo 7° de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino que sus disposiciones, en la medida en que brinden mayor cobertura, o tutela de un determinado derecho, deben prevalecer sobre éstos. Se trata entonces de una construcción efectuada por la Sala Constitucional a partir de los alcances del artículo 48 de la Constitución Política.

Estos razonamientos han sido utilizados por una parte de la doctrina especializada para defender el carácter supraconstitucional de estos instrumentos, sin embargo, esta posición no ha sido aceptada de modo unánime y así lo pone de manifiesto Castro Padilla en su estudio sobre la jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense⁵⁹⁶.

Entre los que defienden el carácter supraconstitucional de estos instrumentos, Armijo Sancho ha señalado, al comentar el criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia No. 3805-92 de 28 de noviembre, que: *“lo expuesto, tiene como objeto presentar con claridad el lugar que, dentro de las fuentes normativas de nuestro ordenamiento jurídico, tienen los derechos humanos, desde luego prevalente sobre la legislación “municipal” desde la perspectiva internacional,*

596 Véase Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, op. cit., págs. 93 a 98.

categoría a la que pertenecen los Códigos, y además explica la razón por la cual la Sala ha declarado inaplicables algunas normas, o en otros casos ha visto la necesidad de emplear la técnica de dictar interpretaciones armónicas de sus reglas con las superiores de los tratados sobre derechos humanos y con las constituciones. En última instancia, lo que hacemos es parodiar y transformar la frase de García de Enterría, al señalar que: los instrumentos sobre derechos humanos aplicables en Costa Rica son normas jurídicas y como tales producen efectos jurídicos”⁵⁹⁷.

Es clara entonces la existencia una línea jurisprudencial muy definida por la Sala Constitucional, en el sentido de privilegiar la aplicación de los Instrumentos Internacionales de los Derechos Humanos sobre las disposiciones constitucionales, si confieren mayores libertades o un mayor ámbito de protección o tutela de un determinado derecho que la Norma Fundamental. En su estudio, Armijo Sancho menciona las siguientes sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, todas las cuales han tenido gran trascendencia en el foro jurídico costarricense⁵⁹⁸:

597 Ver Armijo Sancho, G., La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, Ius et Praxis, Vol. 9, Nº. 1, Talca, 2003, pags. 39-62

598 Véase Armijo Sancho, G., La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, op. cit., pags. 39-62

- la Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre: en que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconocer a un abogado sentenciado su derecho a la jubilación; en este pronunciamiento se expresó que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos *“tienen, no sólo el rango superior a la ley ordinaria que les confiere el artículo 7 de la Constitución sino también un amparo constitucional directo que prácticamente los equipara a los consagrados expresamente por la propia Carta Fundamental, al tenor del artículo 48 de la misma (reformado por ley N. 7128 de 18 de agosto de 1989); entre esos derechos, concretamente, los reconocidos en los artículos 25, 28 y 30 –así corregidos los que se invocan en la acción- del Convenio sobre la Seguridad Social, N. 102 de la OIT”*. Así, en esta sentencia resalta la Sala que el Derecho de los Derechos Humanos, tanto interno como internacional, prohíbe cualquier tipo o clase de discriminación en el reconocimiento y garantía de los derechos de los delincuentes, imputados o condenados, y para ello utiliza como normas aplicables no sólo el artículo 33 Constitución Política, sino también el Preámbulo y el artículo 2 Declaración Americana de Derechos Humanos y Deberes del Hombre; los artículos 1, 2.1 y 7 Declaración Universal sobre Derechos Humanos; el Preámbulo, y los artículos 2.1 y 26 Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Preámbulo y el artículo 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y otros textos internacionales, entre ellos, el Convenio 102 de la OIT;

- la Sentencia No. 1739-92, de 1° de julio, en que la Sala Constitucional conoció la Consulta Judicial Preceptiva de Constitucionalidad (expediente No.1587-90) planteada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, con base en un recurso de revisión interpuesto por Mario Enrique Arias Arguedas contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José de las 8:00 horas del 8 de mayo de 1964, que le impuso la pena de un año de prisión, con condena de ejecución condicional, por el delito de estafa en perjuicio de "Compañía Distribuidora G. Renero". En esta sentencia (redactada por el Magistrado Piza Escalante, q.d.D.g.) la Sala Constitucional desarrolló todos los elementos del derecho al proceso debido, cuyo contenido esencial no sólo ha sido protegido por los artículos 39 y 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, sino también en diversos Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos;

- la Sentencia No. 3435-92 y su aclaración: No. 5759-93: en estos pronunciamientos, la Sala reconoció el derecho del extranjero casado con mujer costarricense a naturalizarse, luego de haber interpretado el artículo 14 inciso 5) de la Constitución Política, de acuerdo con los artículos 2.1, 3 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 1.1, 2, 17, 24, 51, 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 23.1.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- la Sentencia No. 2313-95, de 9 de mayo, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad planteada por Róger Ajún Blanco, contra el artículo 22 de la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas, por considerarlo contrario a lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En este pronunciamiento la Sala Constitucional declaró inconstitucional la norma impugnada, teniendo en consideración lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la colegiatura obligatoria de los periodistas en la Opinión Consultiva N°OC-5-85 de 13 de noviembre de 1985 en el sentido que: “*que la colegiación*

obligatoria de los periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”;

- la Sentencia No. 2000-09685 de 1 de noviembre, en que se conoció la consulta preceptiva de constitucionalidad formulada por el Directorio de la Asamblea Legislativa sobre el proyecto de ley de aprobación del “*Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*”; en esta decisión, la Sala Constitucional se refirió sobre la eficacia de que se dota en el sistema de justicia constitucional costarricense a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que formalmente no han sido suscritos o aprobados conforme al trámite constitucional, del siguiente modo: “*En este aspecto hay que rescatar la referencia específica que hoy la Constitución hace de los “instrumentos internacionales”, significando que no solamente convenciones, tratados o acuerdos, formalmente suscritos y aprobados conforme al trámite constitucional mismo (tal el caso que ahora nos ocupa), sino cualquier otro instrumento que tenga la naturaleza propia de la protección de los Derechos Humanos, aunque no haya sufrido ese trámite, tiene vigencia y es aplicable en el país*”. Así, la Declaración Universal de

Derechos Humanos (París, 10 de diciembre de 1948), por su carácter y naturaleza, no ha necesitado de los trámites constitucionales de aprobación, para entenderse como vigente y con la fuerza normativa que le otorga la materia que regula. Otro tanto cabe decir de las “Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos”, de la Organización de las Naciones Unidas, que aunque sean producto de reuniones de expertos o el trabajo de algún departamento de esa organización, por pertenecer nuestro país a ella, y por referirse a derechos fundamentales, tienen tanto el valor de cualquier normativa internacional que formalmente se hubiera incorporado al derecho interno costarricense. En este sentido puede citarse la sentencia N° 2000-07484, del veinticinco de agosto último, en que por virtud de un hábeas corpus formulado por un recluso, esta Sala condenó al Estado por violar esas Reglas Mínimas, particularmente por el hacinamiento y falta de higiene constatadas en un centro penitenciario. En esa misma fecha, también se estimó un recurso de hábeas corpus planteado en favor de unos ciudadanos panameños que habían ingresado al país con visa de turismo y que, según las autoridades de Migración, solamente permitía “fines de recreación” y que fueron sorprendidos ejerciendo una protesta pacífica ante las instalaciones de la Corte ínter americana de Derechos Humanos, donde pendía su caso, originado en alegadas violaciones a sus derechos por parte del Gobierno de la República de Panamá. Se les detuvo y se les iba a deportar, de modo que la

Sala anuló las resoluciones que en tal sentido se habían dictado, porque, como se nota, sería absurdo que al ser Costa Rica sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se impida a quienes tengan pendientes casos ante ella, entre ellos extranjeros, expresarse en forma pacífica y pública a favor de los derechos que considere les asisten”;

- y la Sentencia No. 2002-10693 de 7 de noviembre, en que se reitera que el criterio sostenido por la Sala Constitucional en las anteriores oportunidades, para admitir el derecho de toda persona de participar en la formación de las decisiones públicas referentes a la protección del ambiente, en los términos en que está consagrado en los numerales: 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo, 16 de la “*Carta Mundial de la Naturaleza*”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°37/7 de 28 de octubre de 1982; 8.2 de la “*Declaración sobre el derecho al desarrollo*”, adoptada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas N°41/128, de 4 de diciembre de 1996.

Ahora bien, a las anteriores se podría añadir las siguientes decisiones:

- la Sentencia No. 2000-7818 de 5 de septiembre de 2000, en que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia resolvió la primera acción de inconstitucionalidad contra los artículo 107, original, y el artículo 132 inciso 1º, reformado por la Ley No. 4349 de 11 de julio de 1969 de la Constitución Política;
- y la Sentencia No. 2007-1682 de 9 de febrero de 2007, en que se resolvió el recurso de habeas corpus planteado por José Antonio Arguedas Maklouf, a favor de James Wade Reeves, contra la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo anterior, es claro que la Sala Constitucional no sólo ha defendido en su reiterada Jurisprudencia el carácter normativo y vinculante de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, sino también su valor supra-constitucional, en aquellos supuestos en que un instrumento internacional brinde mayor amplitud o protección de una determinada garantía que la propia Constitución.

Tales razonamientos sin duda son compartidos por el suscrito, no sólo porque se trata de una construcción jurisprudencial de la Sala Constitucional que le ha permitido aplicar directamente diversos

Instrumentos Internacionales cuyos derechos no han sido previstos expresamente en la Constitución Política (entre ellos, el derecho de rectificación o respuesta, en los términos en que ha sido consagrado en el artículo 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sino también porque se sustenta en el sentido literal del artículo 48 de la Constitución Política, que la habilita para conocer a través del recurso de amparo sobre cualquier vulneración de un derecho fundamental consagrado en la Constitución, como en los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos aplicables en República. Pero lo mismo se puede comentar tratándose de las distintas modalidades del control de constitucionalidad, previo y a posteriori, como se deduce del contenido del artículo 1° de la Ley de la Jurisdicción Constitucional No. 7135 de 11 de octubre de 1989, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 198 de 19 de octubre de 1989, que estipula:

“Artículo 1.- La presente Ley tiene como fin regular la jurisdicción constitucional, cuyo objeto es garantizar la supremacía de las normas y principios constitucionales y del Derecho Internacional o Comunitario vigente en la República, su uniforme interpretación y aplicación, así como los derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución o en los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en Costa Rica.”

III.B. El caso español.

En el supuesto del sistema de justicia constitucional español, el reconocimiento del carácter normativo autónomo de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos plantea mayores problemas que en el caso costarricense, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, en cuya razón:

“Artículo 10:

1. (...)
2. *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*

Aunque del contenido de esta disposición, el Tribunal Constitucional Español reiteradamente ha señalado que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no tienen un valor normativo autónomo (semejante al que poseen las normas constitucionales) ni constituyen

parámetro de constitucionalidad (sino que ostentan un mero carácter interpretativo de los derechos fundamentales), en reiteradas ocasiones han servido para “*configurar el contenido y el alcance de los derechos*”⁵⁹⁹, o bien “*los perfiles exactos de su contenido*”⁶⁰⁰, con lo que es innegable su relevancia en la interpretación de los derechos aludidos, así como la falta de claridad en el tratamiento de este tema por ese Tribunal⁶⁰¹.

599 Sobre el particular, se puede consultar la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 254/1993.

600 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 28/1991.

601 Sobre el particular, Díez-Picazo ha sostenido: “*El Tribunal Constitucional ha venido entendiendo constantemente que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por España tienen carácter vinculante para la interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Española (SSTC 38/1995, 36/1991, 254/1993, etc.). Ello significa simplemente que, cuando cualquier tribunal en cualquier proceso se enfrenta a la aplicación de un derecho fundamental que, como ocurre a menudo, tiene su equivalente en un tratado internacional sobre derechos humanos, está obligado a adoptar la interpretación del derecho fundamental que sea más acorde con el tratado internacional. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha mantenido, de manera igualmente constante, que los tratados internacionales no pueden crear nuevos derechos fundamentales en el ordenamiento español; lo que significa que la vulneración de un derecho reconocido sólo mediante tratado internacional sin equivalente en la Constitución Española no determina la inconstitucionalidad de las leyes, ni puede ser objeto del recurso de amparo (SSTC 84/1989, 120/1990, 28/1991, etc.) En resumen, la jurisprudencia constitucional señala que los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales ratificados por España son un instrumento obligatorio y privilegiado para la interpretación de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Española; pero no gozan por sí solos del régimen jurídico propio de los derechos fundamentales en el ordenamiento español, tal como está recogido en el art. 53 CE*”. Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 170.

Pese a ello, el Tribunal Constitucional Español ha insistido que: “*la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y los actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales*”⁶⁰²

En Alemania, el Tribunal Constitucional Federal también ha sostenido sobre el carácter normativo de los instrumentos internacionales de los derechos humanos y, en concreto, sobre las disposiciones del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de Roma, de 4 de noviembre de 1950, que tienen “*the status of a federal statute, and it must be taken into account in the interpretation of domestic law, including fundamental rights and constitutional guarantees*”⁶⁰³ y también, “*but the guarantees of the European Convention on Human Rights and its protocols, by reason of this status in the hierarchy of norms, are not a direct constitutional standard of review in the German legal system*”⁶⁰⁴, con lo cual y a diferencia del criterio sostenido por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, no es posible impugnar

602 Al respecto, se puede examinar la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 64/1991

603 Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2BvR 1481/04 de 14 de octubre de 2004.

604 Ver la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán 2BvR 1481/04 de 14 de octubre de 2004.

directamente la violación de un derecho humano contenido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por vía del recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional Federal.

En términos similares, la Corte de Constitucionalidad Italiana ha sostenido que: *“La Convenzione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa configurabile come un trattato internazionale multilaterale pur con le caratteristiche peculiari che saranno esaminate pi avanti da cui derivano obblighi per gli Stati contraenti, ma non l'incorporazione dell'ordinamento giuridico italiano in un sistema pi vasto, dai cui organi deliberativi possano promanare norme vincolanti, omisso medio, per tutte le autorit interne degli Stati membri”*⁶⁰⁵.

Ahora bien, en lo que atañe al valor jurídico o a los efectos de las decisiones adoptadas por los Órganos Internacionales de protección de los Derechos Humanos, entre ellos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, es preciso comentar el alcance de algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Español, en el sentido que: *“puesto que el contenido de aquellos constituye también parte del de éstos, formando el estándar*

605 Ver la sentencia de la Corte de Constitucionalidad Italiana No. 348/2007 de 22 de octubre de 2007.

mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento Jurídico Español, como resultado de la circunstancia de que los tratados y acuerdos internacionales sobre Derechos Humanos sean insoslayables instrumentos hermenéuticos de los derechos fundamentales de la Constitución Española (art. 10.2 CE)⁶⁰⁶”.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el ordenamiento jurídico español no se ha previsto la manera concreta de ejecutar o de hacer efectivas las decisiones de los tribunales aludidos; sin embargo, el Tribunal Constitucional Español ha colmado la laguna, y así lo ha realizado en la Sentencia 245/1991 de 16 de diciembre, en que se resolvió el recurso de amparo interpuesto con ocasión de la sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Barberá, Messegueur y Jabardo vs. España*, en la que señaló⁶⁰⁷:

“Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al artículo 96.1 de la CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE, deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art.

606 Véase el Auto del Tribunal Constitucional Español 260/2000 de 13 de noviembre.

607 Ver Fernández de Casadevante Romani, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de Jurisprudencia Constitucional, Cívitas, Navarra, 2006, págs. 24 y 25.

10.2 CE) entre los que ocupa un especial papel el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado. De ello se sigue que, declarada por Sentencia de dicho Tribunal una violación de un derecho reconocido por el Convenio Europeo que constituya asimismo una violación actual de un derecho fundamental consagrado en nuestra Constitución, corresponde enjuiciarla a este Tribunal, como Juez supremo de la Constitución y de los derechos fundamentales, respecto de los cuales nada de lo que a ello afecta puede serle ajeno. Por tanto ha de valorarse, en el pleno de nuestro Derecho interno, si existen medidas para poder corregir y reparar satisfactoriamente la violación de ese derecho fundamental, en especial cuando se trata de la violación del derecho fundamental a la libertad del art. 17.1 de la CE, que sigue siendo actual y por ello no puede ser reparada por su equivalente económico”⁶⁰⁸.

De igual modo, y con respecto a los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, el Tribunal Constitucional Español, ha considerado:

⁶⁰⁸ Véase la STC 245/1991 de 16 de diciembre.

“las “observaciones” que en forma de Dictamen emite el Comité no son resoluciones judiciales, puesto que el Comité no tiene facultades jurisdiccionales (como claramente se deduce de la lectura de los arts. 41 y 42 del Pacto), y sus dictámenes no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto, dado que en ningún momento, ni el Pacto ni el Protocolo Facultativo le otorgan tal competencia. (...)

No obstante, las “observaciones” del Comité..., interpretadas en el estricto ámbito de su competencia se limitan a señalar que en un caso concreto, un individuo concreto no tuvo la posibilidad de que su condena fuera revisada de acuerdo con los requisitos del art. 14.5 del Pacto⁶⁰⁹”

Es claro entonces que en esa decisión el Tribunal Constitucional Español, de acuerdo con Fernández de Casadevante Romaní y Jiménez de García, ha concluido que la existencia de una violación al tratado aludido, no sólo permite acreditar la posible vulneración de los correspondientes derechos fundamentales del actor, sino también, que constituye un hecho novedoso a los efectos del recurso de revisión, o para entablar una causa por error judicial⁶¹⁰.

609 Sentencia del Tribunal Constitucional Español 70/2002 de 7 de abril.

610 Véase Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española...., op. cit., págs. 25 y 26. Sobre lo anterior, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia 240/2005 de 10 de octubre, señaló: “una interpretación del artículo 954.4 LECrim que excluya la

De otro lado, y siguiendo a los mismos autores, se debe mencionar que los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española operan una vez que la norma Internacional ha sido receptada en el ordenamiento jurídico español en los términos del artículo 96 ídem⁶¹¹, o de acuerdo con

subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de "hecho nuevo" se opone al principio de interpretación pro actione tal como lo hemos definido anteriormente, ya que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan (especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes) y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho de a la presunción de inocencia proclamado en el artículo 24.2 de la C.E. No cabe duda de que una declaración como la contenida en la Sentencia ahora invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede en hipótesis evidenciar "la equivocación de un fallo" condenatorio de personas distintas a las beneficiadas por aquella declaración, por lo que parece evidente que, frente a esta declaración no puede prevalecer "el efecto preclusivo de la Sentencia condenatoria (STC 150/1997, F.5). Para evitar este resultado contrario a la Constitución debe entenderse que, con la incorporación a nuestro ordenamiento de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la expresión "hechos nuevos...que evidencien la inocencia del condenado" del artículo 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones de dicho Tribunal que puedan afectar a procedimientos distintos a aquellos en los que tiene origen dicha declaración"

611 El artículo 96 de la Constitución Española de 1978 establece:

"Artículo 96

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.
2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94."

los principios generales del derecho internacional en el supuesto de las normas institucionales o las normas consuetudinarias⁶¹².

En este sentido, la doctrina española ha insistido que el artículo 10.2 de la Constitución Española *“no atribuye un rango constitucional a los derechos y libertades proclamados en textos internacionales que no estén también recogidos en la Constitución española, pero sí establece una conexión entre los que la Norma Fundamental contiene y los de aquellos instrumentos, a los fines de determinar el contenido y alcance de los primeros”*⁶¹³.

En suma, y de acuerdo con Bastida Freijedo; *“la teoría de los derechos fundamentales de la Constitución encuentra en el artículo 10.2 CE un elemento importante que sirve de guía a la interpretación de los derechos fundamentales: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España”. Esta remisión a los citados tratados no da rango constitucional a los derechos en ellos reconocidos en cuanto no estén también consagrados por la CE (STC38/1995,*

612 Véase Fernández de Casadevante Romani, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española...., op. cit., pág. 30.

613 Véase González Campos, J. D., y otros, Curso de Derecho Internacional Público, Cívitas, Madrid, 2004, pág. 266. Citado por Fernández de Casadevante Romani, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española...., op. cit., pág. 30.

FJ5º), ni tales tratados pueden ser considerados fuente adicional de límites junto a los que ponga el legislador orgánico cuando esté autorizado para ello (aunque la STC 62/1982, FJ 5º), ni tales tratados pueden ser considerados fuente adicional de límites junto a los que ponga el legislador orgánico cuando esté autorizado para ello (aunque la STC 62/1982, FJ3º, parece apuntar lo contrario al entender que la moral puede ser un límite —no previsto en el art. 20 CE- a las libertades de expresión e información, en virtud del principio contemplado en el art. 10.2 CE). Sin embargo, esta claro que este precepto obliga a los poderes públicos a interpretar los derechos fundamentales de la CE de conformidad con esos tratados, lo cual tiene una extraordinaria importancia, sobre todo para el legislador⁶¹⁴.

Ahora bien, en lo que atañe a las relaciones entre los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Española de 1978, Fernández de Casadevante Romaní y Jiménez de García han advertido sobre el error en que incurren los tribunales españoles en el momento de interpretar los alcances de ambas disposiciones y de enunciar la manera en que los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos se presentan en el ordenamiento jurídico español (es decir, con una doble vertiente: mientras la primera: “*reconoce el efecto interpretativo directo e inmediato de los derechos y libertades fundamentales*

614 Véase Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, op. cit., pág. 81.

contenidos en la Constitución”⁶¹⁵, la segunda, “*otorga a los tratados válidamente celebrados y publicados el efecto inmediato de constituir sus normas parte integrante del ordenamiento español*”⁶¹⁶). Así, estos autores han señalado que los tribunales españoles tienden a potenciar la primera vertiente sobre la segunda, soslayándose que estas disposiciones forman parte del ordenamiento jurídico interno español⁶¹⁷.

Una manera correcta, sin embargo, de interpretar ambas disposiciones puede ser hallada en la sentencia del Tribunal Constitucional Español 38/1981 de 23 de noviembre de 2000, en que se dispuso:

“Si se observa lo que dice su artículo 10.2 los textos internacionales ratificados por España son instrumentos valiosos para configurar el sentido y el alcance de los derechos que, en este punto, recoge la Constitución. Los Convenios OIT, ratificados por España, constituyen, sin duda, textos invocables al respecto, al igual que otros textos internacionales (así el artículo 81 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 1.5, del Código Civil). Los convenios se incorporan al ordenamiento interno, y de estas

615 Ver Fernández de Casadevante Romani, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española....., op. cit., pág. 31.

616 Véase Fernández de Casadevante Romani, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española....., op. cit., pág. 31.

617 En este orden, los mencionados autores citan la sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 37/1988 de 3 marzo y el auto STC 353/1988 de 16 de marzo.

normas internas surgen los derechos individuales que cuando se recogen en el capítulo de los derechos y libertades para cuya protección se abre el recurso de amparo (...) adquieren un valor capital las reglas del convenio o tratado. Las recomendaciones de la OIT si bien, como es obvio, distintas de los convenios y sin alusión directa en el artículo 10.2 de la Constitución, son textos orientativos que, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los convenios, carácter con el que se invocan aquí las recomendaciones a las que hemos hecho referencia”.

Sobre el anterior criterio jurisprudencial, Saiz Arnaiz ha comentado que mediante los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española, un acuerdo en materia de derechos fundamentales que en principio no posea eficacia directa, puede desplegar algunos efectos en cuanto contribuye en la interpretación del Texto Fundamental, muy semejantes de los que resultarían de su aplicación inmediata. De esta manera, concluye el autor, *“tienden a desaparecer, en cierta medida, y sólo en el específico ámbito de los derechos fundamentales, las diferencias entre los acuerdos self-executing y los que no lo son”*⁶¹⁸.

618 Véase Saiz Arnaiz, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española, (Premio Rafael Martínez Emperador 1998), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pág. 272.

De este modo, afirma el mismo autor: *“es evidente que los tratados internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE no se comportan como todos los demás integrados en el ordenamiento español: sólo aquellos, posean o no efecto directo, se utilizarán en la interpretación-integración de las disposiciones constitucionales referidas a derechos fundamentales”*⁶¹⁹.

En suma, los tratados internacionales sobre derechos fundamentales se comportan para el Tribunal Constitucional como parámetro de interpretación, pero no de validez, teniendo en cuenta su condición de normas *interpuestas*, en el juicio de inconstitucionalidad y ante la posible vulneración de un derecho fundamental. De ahí que, de acuerdo con Saiz Arnaiz: *“las previsiones establecidas en aquellas fuentes subconstitucionales se comportan, en efecto, como límites para el legislador y los demás poderes públicos por expresa decisión del constituyente, de modo no muy diferente a como lo hacen, en el seno de lo que se dado en llamar bloque de constitucionalidad, otras fuentes de rango infra-constitucional al proceder al reparto territorial del poder político”*⁶²⁰.

619 Ver Saiz Arnaiz, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, op. cit., pág. 272.

620 Ver Saiz Arnaiz, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos, op. cit., págs. 274-275.

Lo anterior, a pesar que como se ha insistido, en el ordenamiento jurídico español los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no tienen un valor normativo autónomo semejante al de las normas que componen la Constitución Española de 1978, ni equivalente, sino que con sustento en el artículo 10.2 de ese Texto Fundamental, más bien constituyen criterios de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos por la propia Constitución.

Tampoco forman parte estos instrumentos, valorados desde la tradición jurídica costarricense, del bloque de constitucionalidad o del Derecho de la Constitución, según se expuso supra, lo cual sin duda incide sobre su relación frente a las disposiciones preconstitucionales, como se verá de seguido.

A pesar de lo expuesto, es preciso agregar que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos han sido incorporados al ordenamiento jurídico español conforme al procedimiento previsto en el artículo 96 de la Constitución Española de 1978 y, por ello, ostentan un valor superior a las leyes, y de una resistencia pasiva frente a éstas, que no pueden derogar o modificar su contenido. Sobre el particular, la doctrina ha comentado que: *“el art. 96.1 CE prevé que los tratados válidamente celebrados y*

publicados forman parte del ordenamiento jurídico español y, por lo que ahora específicamente interesa, que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas del Derecho Internacional”. Ello quiere decir que los tratados internacionales gozan de fuerza pasiva, entendida como resistencia a la derogación, superior a las leyes. Cabe ciertamente entender que esta intangibilidad de los tratados internacionales por parte del legislador no entraña, en puridad, la inconstitucionalidad de la ley contraria al tratado; pero, en todo caso, ha de plasmarse en la inaplicación de la ley anterior —e incluso, posterior— incompatible con el tratado y la aplicación preferente de éste”⁶²¹.

Ahora bien, en el caso particular de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos (que si bien, como se ha dicho, no tienen un valor normativo semejate o equivalente al de las disposiciones constitucionales, ni componen el bloque de constitucionalidad) deberían ser aplicados sobre cualquier disposición inferior que se les oponga (así como derogar todo el ordenamiento jurídico inferior que les resulta incompatible), aun cuando se trate de un derecho que no encuentra propiamente equivalente en la Constitución española⁶²².

621 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

622 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

Pero también existe controversia sobre el valor normativo que eventualmente tendrían los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español, a partir de los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional en el sentido que más bien constituyen una cláusula de interpretación de los derechos fundamentales. En palabras del autor: *“ahora bien, cabría una respuesta alternativa, menos intuitiva y más restrictiva: los tratados internacionales sobre derechos humanos sólo poseen en el ordenamiento español un valor interpretativo, no un valor normativo en sentido estricto: y, por ello, si el derecho reconocido convencionalmente carece de equivalente constitucional, no puede determinar la inaplicación de una ley”*⁶²³.

De esta forma, agrega el mismo autor sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978 que: *“no sería tanto una verdadera cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos como una lex specialis respecto del art. 96 CE, que restringiría el alcance de este último precepto constitucional”*⁶²⁴. De esta forma, si bien ningún sector de la doctrina defiende esta interpretación sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española de 1978, en la práctica la construcción efectuada por el Tribunal

623 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

624 Ver Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171.

Constitucional Español nos conduce en esa dirección, en el sentido de desconocer el carácter normativo de los Instrumentos Internacionales sobre los Derechos Humanos, y otorgándoles únicamente un valor interpretativo de los derechos fundamentales reconocidos por el Texto Fundamental⁶²⁵.

Es claro entonces que la construcción realizada por el Tribunal Constitucional Español sobre los alcances del artículo 10.2 de la Constitución Española eventualmente nos puede conducir en esa dirección (que apunta Díez-Picazo, y que consistiría en negar todo valor normativo a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos⁶²⁶); sin

625 Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., pág. 171. Sobre el particular, el mismo autor agrega: "Obsérvese que ésta no es una pura disquisición académica. Así, por ejemplo, el Protocolo nº4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aprobado el 16 de septiembre de 1963, establece en su art. 4 una prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros. España no ha ratificado jamás dicho Protocolo nº4; pero la pregunta es, precisamente ¿qué ocurriría si lo hiciera? La prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros no tiene un derecho fundamental correspondiente en la Constitución Española, por lo que el valor interpretativo del citado art. 4 del Protocolo nº4 sería, cuando menos, limitado ¿Habría que entender, entonces, que introduciría un derecho directamente aplicable en el ordenamiento español, que prevalecería incluso frente a leyes de signo contrario? La respuesta a este interrogante dependería de cómo se entendiese la relación entre los arts. 10.2 y 96 CE".

626 Sobre el particular, el autor critica abiertamente la posición asumida por el Tribunal Constitucional Español con respecto a los alcances del artículo 10.2 de la Constitución y al valor que le otorga a los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, del siguiente modo: "desde un punto de vista sustantivo, la construcción jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno al art. 10.2 CE está igualmente expuesta a críticas. Ya se ha

embargo, es preciso reiterar que si bien tales instrumentos no componen el bloque de constitucionalidad ni integran el Derecho de la Constitución, han sido incorporados al ordenamiento jurídico español conforme al procedimiento previsto en el artículo 96 de la Constitución y, por ello, su aplicación en ese ordenamiento jurídico se proyecta por una doble vía:

- una, la del carácter interpretativo de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española de 1978, sin que por eso posean un valor normativo semejante al de las disposiciones constitucionales, ni integren el bloque de constitucionalidad o el

visto que existe comunicación entre los niveles nacional e internacional de protección de los derechos –se trata básicamente de unos mismos valores- y, por ello, es razonable concebir los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas que, de alguna manera, desarrollan materialmente el Título I de la Constitución. De aquí debería desprenderse una mayor relevancia de los tratados internacionales sobre derechos humanos tanto en los procesos de inconstitucionalidad como en los de amparo. Más aún, por más que la actual jurisprudencia constitucional sobre el art. 10.2 CE esté predominantemente orientada por consideraciones relativas al sistema de fuentes y, en concreto, por la superioridad jerárquica de la Constitución sobre los tratados internacionales, ello no autoriza a concluir que, en materia de derechos fundamentales, la relación que la Constitución mantiene con los tratados sea equiparable a la que mantiene con la ley. Como ha observado Francisco Rubio Llorente, mientras que la ley opta por un contenido posible de los derechos fundamentales de entre los varios que permite la Constitución, el tratado fija un “contenido necesario” de los mismos que vincula, en todo caso, a los Estados signatarios. Los tratados internacionales sobre derechos humanos, en otras palabras, tienen como finalidad específica delimitar el núcleo indisponible de esos derechos y, por tanto, su función es análoga a la que el art. 53.1CE atribuye a los derechos fudnamentales reconocidos por la Constitución española: imponer barreras al legislador”. Véase Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, op. cit., págs. 171-172.

Derecho de la Constitución (en la medida en que no pueden ser utilizadas por el Juez Constitucional como parámetro independiente para determinar la regularidad constitucional de una disposición con rango de ley);

- otra, la de un valor normativo superior a las leyes (pero no del mismo rango que las disposiciones constitucionales), habida cuenta que tales Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos, al igual que cualquier otro tratado internacional, han sido incorporados al ordenamiento jurídico español conforme al procedimiento previsto en el artículo 96 de la Constitución Española de 1978.

Tales son, pues, las ideas que se defienden en esta investigación sobre el valor normativo de los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense y en el español, en los cuales se les ha otorgado a estos Instrumentos un valor jurídico distinto, motivo por el cual igualmente son distintas sus conexiones y sus interacciones con las demás normas que integran el sistema normativo. De seguido, serán expuestas sus relaciones con respecto a las normas cuyo período de vigencia o vigor es anterior a la Constitución de la

República de Costa Rica de 1949, así como la Constitución Española de 1978.

Sección IV.- Los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos como parámetro del control de la constitucionalidad de las normas preconstitucionales.

Una vez precisado en la Sección anterior el alcance normativo de los Instrumentos Internacionales en materia de Derechos Humanos, tanto en el ordenamiento jurídico costarricense, cuanto en el español, a continuación será expuesta su relación con respecto a las normas preconstitucionales

Sobre el particular, nuevamente serán defendidas las ideas relativas a la derogación de las normas anteriores a la Constitución que resultan incompatibles frente al Derecho de Internacional de los Derechos Humanos, justamente a partir del reconocimiento de su fuerza normativa y a su capacidad para derogar todo el derecho anterior que se les opone.

Esta abrogación, como se ha insistido, bien puede ser decretada por el Tribunal Constitucional, como por los tribunales ordinarios en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, al determinar cuál es el derecho

aplicable para la resolución de un conflicto de intereses. Lo anterior, teniendo en cuenta que, por una parte, el examen de vigencia de una norma jurídica siempre es anterior al juicio de validez y, por otra, que no se puede realizar un examen de validez sobre una norma derogada (porque jurídicamente no existe), sino sobre sus efectos ultraactivos, que regulan las situaciones generadas durante el período de vigencia de la ley abrogada, más allá de su desaparición formal.

Con este marco, primero serán expuestas las relaciones entre los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y las normas preconstitucionales en el ordenamiento jurídico costarricense y, luego, en el ordenamiento jurídico español, teniendo en consideración las diferencias expuestas con anterioridad en cada sistema sobre el valor normativo de los instrumentos aludidos.

IV.A. En el sistema de justicia constitucional costarricense.

Como se ha expuesto con anterioridad, el carácter preconstitucional de una disposición se define en la medida en que su período de vigor es anterior a la entrada en vigencia de una nueva Constitución, mientras las postconstitucionales son aquellas que han nacido a la vida jurídica de modo

posterior, teniendo en consideración a las reglas y a los procedimientos previstos en la Constitución vigente para su emisión, sobre la cual lógicamente están vinculadas en una relación de jerarquía (en un plano vertical) y de sujeción.

Así, desde esta perspectiva, el conflicto normativo entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las normas preconstitucionales más bien se produce con independencia de la noción preconstitucional o no de esas disposiciones, habida cuenta que los primeros normalmente han sido aprobados o incorporados al derecho interno de los Estados al amparo de las constituciones actualmente vigentes, tanto la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, tanto la Constitución Española de 1949, con lo que bien pueden colisionar con esos Instrumentos tanto las normas preconstitucionales como las post-constitucionales.

En todo caso, a todas luces es evidente que dichos instrumentos, en razón de su fuerza normativa activa (y en el caso costarricense por formar parte del Derecho de la Constitución y del bloque de constitucionalidad) derogan de manera similar todo el derecho anterior que se les opone, pre y postconstitucional. De modo que los tribunales constitucionales, como los tribunales ordinarios, deberían tener por derogada la norma

preconstitucional que se opone al Instrumento Internacional en materia de Derechos Humanos, teniendo en cuenta las ideas que han sido defendidas reiteradamente en esta investigación, a saber:

- que los Instrumentos Internacionales sobre derechos humanos poseen fuerza normativa activa y abrogan todo el derecho anterior que los contradice;
- que el examen de vigencia de una norma jurídica es siempre anterior al de validez,
- que no es posible realizar el examen de validez sobre una norma que con anterioridad ha sido abrogada, sino sobre sus efectos ultra-activos, de sobrevivir situaciones jurídicas que nacieron durante el período de vigor de la norma.

Los anteriores criterios fueron parcialmente recogidos en el voto particular del Magistrados Mora Mora, Armijo Sancho y Cruz Castro a la sentencia No. 2007-03043 de las 14:54 hrs. de 7 de marzo de 2007, en que se resolvió la acción de inconstitucionalidad tramitada bajo el expediente No. 05-015208-0007-CO, promovida por Rosa María Acosta Ramírez, en

representación de la Asociación de Trabajadoras Domésticas, contra los incisos c), d) y e) del artículo 104 del Código de Trabajo, Ley N°2 de 23 de agosto de 1943, publicada en el Diario Oficial La Gaceta N °192 de 29 de agosto de 1943, en el sentido que:

‘Los suscritos Magistrados disienten del criterio sostenido por la mayoría del Tribunal Constitucional en la sentencia N°2007-3043 de las 14:54 hrs. de 7 de marzo de 2007, en cuanto se niega a declarar inconstitucional, en su totalidad, el inciso c) del artículo 104 del Código de Trabajo, Ley N°2 de 23 de agosto de 1943. Lo anterior, pese a que resulta evidente su incompatibilidad frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho de la Constitución. En efecto, es claro que las circunstancias en que se desarrolla el servicio doméstico, en modo alguno justifican el régimen de excepción que se prevé en la norma impugnada, en cuanto a las jornadas ordinarias y extraordinarias de trabajo, motivo por el cual en el fondo lo que se produce una discriminación ilegítima que cercena, a toda luz, el derecho protegido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 33 de la Constitución Política, en que se reconoce el derecho a la igualdad y la prohibición de cualquier discriminación que atente contra la dignidad humana. Incluso, es evidente que esta disposición, por tratarse de una norma preconstitucional, debería tenerse por derogada a partir de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 7 de diciembre de 1949 (por lo que dicha disposición no debería encontrarse vigente), siendo esta

precisamente la solución que prevé la cláusula de derogatoria general que contempla el artículo 197 constitucional. Por tales motivos, los suscritos Magistrados salvan el voto y declaran con lugar la acción en todos sus extremos, y disponen comunicar ese fallo a la Asamblea Legislativa.”

Ahora bien, en el supuesto de las normas post-constitucionales, que justamente tienen como parámetro de validez formal y material la Constitución vigente, es innegable que pueden ser derogadas a partir de la incorporación al ordenamiento jurídico costarricense de un Instrumento Internacional sobre los Derechos Humanos (que, como se ha explicado, forma parte del Derecho de la Constitución y del bloque de constitucionalidad), en términos similares a como se produciría en el supuesto de la aprobación de una reforma parcial de la Constitución, que deroga de manera tácita y por su fuerza normativa todo el ordenamiento jurídico que contradice el contenido de la nueva disposición.

En tal caso, de sobrevivir algún efecto ultra-activo una vez derogada la disposición post-constitucional por el Instrumento Internacional sobre Derechos Humanos, su validez bien puede ser confrontada por la Sala Constitucional, mediante los distintos supuestos del control de constitucionalidad, a priori y a posteriori. Además, y como se ha expuesto

con anterioridad, si la aplicación del Instrumento Internacional sobre Derechos Humanos no es discutida en el ámbito del derecho interno, ante un organismo internacional o regional de protección de los derechos humanos, pierde toda la relevancia el carácter preconstitucional o no de la norma que es enjuiciada con respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues en ese escenario sólo se ventila la compatibilidad de esa disposición con el instrumento internacional.

IV.B. En el sistema de justicia constitucional español.

Como se ha expuesto con anterioridad, en el ordenamiento jurídico español los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos no constituyen parámetro de constitucionalidad o de validez del ordenamiento infra-constitucional, sino que poseen un carácter interpretativo de los derechos y las libertades reconocidas en el Texto Fundamental, de acuerdo con el párrafo 2º del artículo 10 de la Constitución Española.

En este orden de ideas, si bien los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, a diferencia del caso señalado en el ordenamiento jurídico costarricense, no constituyen parámetro de constitucionalidad ni forman parte del Derecho de la Constitución ni del bloque de

constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 10.2 de la Constitución Política, sí forman parte del ordenamiento jurídico español una vez que han sido incorporados en los términos del artículo 96 ídem.

De ahí que si bien dichos Instrumentos no pueden ser utilizados como criterio de validez independiente (sino únicamente de interpretación de los derechos fundamentales reconocidos en el Texto Fundamental) del ordenamiento jurídico infra-constitucional español, sí poseen fuerza normativa (pero no, desde luego, del mismo rango o nivel de la Constitución Española, como se ha explicado), y pueden derogar todo el derecho anterior que se les opone, tanto el pre como el post-constitucional, en la medida en que han sido efectivamente receptados por el ordenamiento, de acuerdo con la vía señalada en el artículo 96 de la Constitución Española de 1978.

Esta derogación igualmente puede ser realizada tanto por los tribunales ordinarios como por el Tribunal Constitucional en el ejercicio de su labor jurisdiccional, con respecto a una norma pre o post-constitucional que se opone al Instrumento Internacional sobre Derechos Humanos, habida cuenta que forman parte del ordenamiento jurídico español en los términos del artículo 96 de la Constitución Política.

Lo mismo se puede apreciar en el caso en que el Instrumento Internacional sobre Derechos Humanos sea utilizado como criterio de interpretación de un derecho fundamental consagrado en la Constitución Española, en los términos del artículo 10.2 constitucional, pero en este supuesto, la derogación no se produce por su incompatibilidad frente al Instrumento Internacional, sino frente a la Constitución Española de 1978, que como se ha insistido a lo largo de esta investigación está dotada de fuerza normativa y, por ello, deroga todo el derecho anterior que se le opone.

No puede ser otra la conclusión que se puede esbozar en esta oportunidad, teniendo en cuenta la cláusula de derogatoria general que contiene la Constitución, con respecto a todo el ordenamiento preconstitucional que se le opone.

CAPÍTULO VII. LAS NORMAS PRECONSTITUCIONALES FRENTE AL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO.

Una vez expuestas en el capítulo anterior las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las normas preconstitucionales, así como repasado los criterios sostenidos por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana, y el Tribunal Constitucional Español sobre el conflicto normativo entre la Constitución y las normas preconstitucionales que se le oponen (sin soslayar desde luego, las posiciones que sobre el particular se han sostenido en el sistema de justicia constitucional costarricense, tanto por la Corte Suprema de Justicia cuando tenía a su cargo el control de constitucionalidad, como ahora lo tiene la Sala Constitucional) a continuación examinaremos la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y las disposiciones del Derecho Europeo, en el marco del proceso de integración que se ha desarrollado en el escenario europeo, recientemente reforzado con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009.

Lo anterior nos obliga a repasar, aunque de manera breve, las distinciones entre los procesos de colaboración entre los Estados y de integración, así como las distintas fases que la doctrina especializada ha

destacado en cada uno de esos procesos. Con posterioridad, examinaremos con más detenimiento la integración europea, que se ha caracterizado por la delegación de ciertas competencias por parte de los Estados a la Unión, fundamentalmente en materia económica, pero menos en el ámbito político y de seguridad.

En este sentido, algunos constitucionalistas han mencionado luego de examinar los procesos de integración que ha enfrentado el escenario europeo, que suponen el inicio de un Estado Cofederal, que se caracteriza por la transferencia de competencias “soberanas” de los Estados a la Unión. En este sentido, y en lugar de utilizar el término “*transferencia*”, hemos preferido emplear el término “*delegación*”, pues en nuestro criterio aún permanece incólume el carácter soberano de los pueblos europeos, cuya máxima expresión de su voluntad general ha sido plasmada en un cuerpo normativo denominado Constitución. Es ella, y su fuerza normativa, las que determinan la manera en que los Estados miembros de la Unión Europea pueden no transferir sino delegar competencias a la Unión, que luego podrán ser arrogadas si existe un interés político en ese sentido, o si se considera necesario para satisfacer determinados intereses del Estado

concreto. No en vano se ha previsto en el Tratado de Lisboa la facultad de los Estados miembros de retirarse voluntariamente de la Unión⁶²⁷.

Queda mucho entonces por recorrer para determinar si se cumple o no a plenitud los fines de los impulsores de la Unión Europea, sobre la culminación del proceso de integración que se vive en Europa con la consolidación de un Estado CoFederal Europeo. En todo caso, es preciso reconocer que en este proceso se ha logrado en gran medida mantener la paz entre sus integrantes, así como promover un proceso de integración que se caracteriza actualmente por la unión económica y monetaria, aunque quedan todavía etapas pendientes en materia política y seguridad. Sobre el particular Sobrino Heredia ha comentado: *“este proceso, de corte inicialmente funcionalista, sustentado en realizaciones concretas a través de las cuales se fueron creando unas solidaridades de hecho, se inicia el 9 de mayo de 1950, con la Declaración Schuman, en la cual, el entonces Ministro de Asuntos Exteriores Francés, anunciaba la*

627 Sobre el particular, el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea, de Lisboa, estipula:

“Artículo 50

1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión.

2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo.”

propuesta hecha a Alemania de creación de una Comunidad Europea del Carbón y del Acero, abierta a la participación de otros países de Europa. Esta organización vio la luz el 18 de abril de 1951 y con ella aparece una nueva expresión en el lenguaje jurídico internacional, me refiero a la “supranacionalidad” recobida en el art. 9, párrafos 5 y 6 de su Tratado constitutivo (mención, hoy desaparecida, como consecuencia de su abrogación por el art. 19 del Tratado de Fusión de 1965”⁶²⁸.

De este modo, y antes de examinar concretamente las relaciones entre las normas preconstitucionales y las disposiciones del Derecho Europeo, nos apoyaremos en la doctrina especializada para repasar aunque de manera breve, las distinciones entre los procesos de cooperación de los estados y los de integración, para con posterioridad examinar el caso de la Unión Europea, cuyo derecho comunitario así como los principios que lo rigen han sido desarrollados a golpe de sentencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

De esta forma, los principios de primacía del Derecho Comunitario, así como del efecto directo de sus disposiciones (particularmente de sus reglamentos y de algunas directivas) tienen como origen sendos criterios

⁶²⁸ Véase Sobrino Heredia, J. M., Algunas consideraciones en torno a las nociones de integración y de supranacionalidad, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, nº5, 2004, pág. 855.

jurisprudenciales del Tribunal aludido. En este orden de ideas, y ante la obligación de los tribunales ordinarios de aplicar las disposiciones del Derecho Europeo sobre las de los Estados miembros en las materias que han sido delegadas por éstos a la Unión, existe gran polémica sobre si esta facultad (reconocida a los jueces ordinarios por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) pone en entredicho el monopolio del rechazo que las Constituciones han atribuido a los Tribunales Constitucionales paradigmáticos en el modelo europeo de control de constitucionalidad (el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana, el Tribunal Constitucional Español), para expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones que no son conformes con la Constitución.

Ya veremos en el fondo que dicho conflicto no se produce pues la competencia de los tribunales ordinarios de inaplicar las normas del derecho interno que contradicen las disposiciones del Derecho Comunitario tiene como límite insoslayable el principio de atribución, motivo por el cual no pueden en el ejercicio de esta actividad obrar más allá de las competencias que han sido delegadas por los Estados a la Unión Europea. Pero esta argumentación no sólo nos permite clarificar las interacciones que se pueden producir entre los Tribunales Constitucionales

(en su condición de intérpretes últimos y guardianes supremos de las disposiciones constitucionales) y los tribunales ordinarios o el mismo Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sino también las relaciones entre el principio de primacía del Derecho Comunitario y el de supremacía de las Constituciones de los Estados miembros, pues el primero únicamente opera en el marco de las competencias que han sido delegadas. En todas las demás el principio de supremacía del Texto Fundamental permanece incólume, así como la obligación de los tribunales ordinarios de plantear, en su caso, la cuestión de constitucionalidad, si tienen dudas fundadas sobre la regularidad constitucional de la normativa que deben aplicar para resolver un conflicto determinado de intereses.

Cabe mencionar que todavía no nos hemos referido sobre el aspecto que nos interesa o que resulta medular esta investigación, y es la manera en que se relacionan las normas preconstitucionales con las disposiciones del Derecho Europeo. En efecto, con anterioridad sólo hemos indicado que el juez ordinario tiene la obligación de, bajo la observancia de los principios de primacía del derecho comunitario y del efecto directo, inaplicar las disposiciones del derecho interno que regulan materia que ha sido delegada por los Estados en el marco del proceso de la integración de Europa.

Pero también hemos insistido a lo largo de nuestra investigación, sobre la obligación de los tribunales ordinarios y de los tribunales constitucionales, en su caso, de tener por derogadas las disposiciones preconstitucionales que resultan incompatibles frente a la Constitución, la cual justamente en razón de su fuerza normativa abroga todas esas disposiciones ¿Pero qué es lo que entonces sucede en el supuesto de las normas preconstitucionales frente a las disposiciones del Derecho Comunitario? Sobre el particular, inicialmente podemos advertir que desde el momento en que una determinada materia ha sido delegada por los Estados a la Unión, y desde el momento en que ese ámbito ha sido regulado entonces por la normativa comunitaria, es claro que ha de prevalacer sobre cualquier disposición pre o post constitucional que se le oponga.

En este caso, sin embargo, como se trata de sistemas normativos distintos (el primero: el del derecho comunitario regido por el principio de primacía; el segundo: el del interno de los Estados regido por el principio de supremacía constitucional, los cuales únicamente se encuentran unidos por los actos en virtud de los cuales se ha producido la delegación de esas materias a la unión), la prevalencia de las disposiciones del Derecho Europeo no incide ni sobre la existencia de esa norma jurídica, que

continúa vigente pese a que no es capaz de surtir efectos sobre la materia que ahora está cubierta por la esfera de competencias del Derecho Europeo, mientras los Estados no se arroguen esa facultad (es decir, mientras no recuperan esa competencia), ni sobre su validez, la cual únicamente se puede medir con respecto a la norma que ha previsto el modo o los procedimientos por los cuales esa disposición nace a la vida jurídica, y a la cual ha de adecuarse también en su contenido.

De modo que la norma pre o postconstitucional que ha sido inaplicada por el juez ordinario por regular, desde el ámbito del derecho interno de los Estados, materias que han sido delegadas a la Unión Europea, no pierden ni su validez ni su vigencia frente a las disposiciones del Derecho Europeo que han de regular ese asunto determinado, en cuanto se trata, como profundizaremos en este capítulo, de sistemas normativos distintos, regidos únicamente por el principio de competencia. De ahí que la derogación o la declaratoria de invalidez de las disposiciones del Derecho Comunitario no debería medirse con sustento en las disposiciones del derecho interno, incluso con la Constitución, sino con arreglo a las normas del Derecho Comunitario que, por un lado, están dotadas de fuerza normativa y por ende derogan las disposiciones comunitarias anteriores que las contradicen, siempre que se trate de una

norma del mismo rango o superior en el ámbito del Derecho Comunitario y, por otra, establece los procedimientos de producción de otras normas jurídicas en el ámbito último aludido.

A continuación analizaremos la distinción entre los procesos de cooperación o de colaboración entre los Estados y los de integración (el cual particulariza a la Unión Europea), para examinar las interacciones entre las normas que lo componen con las de los miembros de la Unión, la singularidad conceptual de la primacía del Derecho Comunitario frente a la superioridad normativa de la Constitución, tratándose de realizar un intento de conciliación de ambos postulados, como ciertamente lo ha logrado el Tribunal Constitucional Español en su Declaración 1/2004, así como las sentencias que sobre el tema ha dictado el Tribunal Constitucional Federal Alemán (singularmente la última decisión del 30 de junio de 2009, en la que se arroga la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones del Derecho Europeo que riñen con la definición de la identidad cultural alemán), o el Consejo Constitucional Francés, en que ha pedido la reforma parcial de la Constitución Francesa de 1958 para adaptarla a las exigencias del Tratado de Lisboa. Es claro que tanto en la conciliación de los conceptos de primacía del Derecho Comunitario y supramacía de la Constitución efectuada por el Tribunal Constitucional

Español, así como en la última sentencia dictada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, se ha pretendido defender la soberanía de los Estados miembros sobre la expansión de la normativa comunitaria, y su pretensión de regular cada uno de las esferas en que el individuo se desenvuelve libremente, más allá de la comentada unión económica y monetaria.

Al respecto habría que preguntarse en qué medida tiene la potestad el Tribunal Constitucional Federal Alemán de declarar efectivamente la inconstitucionalidad de esas normas comunitarias, pues al hacerlo no sólo invade a nuestro juicio un sistema normativo distinto (con sus propios principios rectores como lo hemos adelantado), sino también cercena en todos sus alcances el principio de primacía del Derecho Comunitario, en los términos en que ha sido creado, defendido y desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya obra sin duda ha recibido un duro golpe en esta decisión. En claro entonces que estas decisiones, si no constituye (al menos no expresamente) un retroceso en el cumplimiento de los fines del proceso de integración europea, y en la satisfacción de quienes la idearon, sí tienen la virtud de paralizar o desacelerar ese avance, sobre todo si tiene en cuenta, desde una perspectiva fáctica y eminentemente política, el lugar de donde proviene esa

decisión. Ya veremos si se realizan o no los fines que dieron pie a la implementación de la Unión Europea, por lo pronto es claro que son los Estados miembros de la unión quienes tienen la última palabra (la llave), en la configuración de ese Estado Cofederal Europeo.

Pero más allá de la posibilidad de implementar o no dicho Estado Cofederal, es claro el diseño de una protección multidimensional de los derechos fundamentales en este escenario, es decir, la existencia de diversas vías donde los particulares pueden hacer valer sus derechos y sus libertades fundamentales. La primera la podemos apreciar con toda claridad en el ámbito interno de cada Estado y, concretamente, en los procesos de defensa de los derechos fundamentales, por medio de los cuales los Tribunales Constitucionales paradigmáticos en el escenario europeo realizan esta actividad, como son los casos de Alemania y España, a través de la queja constitucional o del recurso de amparo. Pero en este escenario la defensa de tales derechos también ha sido encomendada a los tribunales ordinarios, como lo hemos visto.

Otra dimensión de tutela de los derechos fundamentales la podemos encontrar en el plano internacional y, en concreto, en la actividad desplegada por el Tribunal de Estrasburgo, sea el Tribunal Europeo de

Derechos Humanos, a quien se ha encargado la tutela del Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, así como sus protocolos. Otra vía es la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, quien tiene la obligación de hacer valer y de respetar los derechos y libertades fundamentales en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo.

Y ello así se ha verificado, como lo veremos más adelante, ante el vacío que en la protección de tales derechos fundamentales se produjo en el ámbito de la unión, lo cual fue acusado durante los primeros años de la década de los setenta y los ochenta por parte del Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana.

Más recientemente, y con la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa, que alude expresamente a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la actualidad no queda la mayor duda sobre la obligación de este Órgano Jurisdiccional de brindar protección a los derechos mencionados en la Carta así como los proclamados en el Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de

Roma de 4 de noviembre de 1950, y sus protocolos, del cual la Unión Europea ahora forma parte de acuerdo con el Tratado de Lisboa⁶²⁹.

Sección I. Los procesos de integración.

De acuerdo con el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, la Unión no puede extralimitarse de sus competencias, ni asumir o realizar actividades que no hayan sido delegadas expresa o tácitamente por los Estados que la componen. No es otro el alcance del principio de atribución en el ámbito del derecho comunitario⁶³⁰, el cual como lo hemos adelantado claramente señala sobre qué materias opera la primacía que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas le ha brindado a la Unión.

629 Sobre el particular, en el apartado 2 del artículo 6 del Tratado de la Unión Europea se estableció:

"2 La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados."

630 El artículo 5 del Tratado de la Unión Europea actualmente dispone:

"Artículo 5 (antiguo artículo 5 TCE)

1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros"

Antes de examinar el alcance de otros principios que componen el derecho comunitario, así como sus interacciones con la superioridad normativa de las Constituciones de sus Estados miembros, es preciso en esta investigación referirnos sobre los procesos de integración, y qué supone con respecto a las relaciones políticas, sociales y económicas de los Estados que lo componen, a diferencia de otro tipo de organizaciones que se desenvuelven en el ámbito de las relaciones de cooperación. Sobre el particular, Balassa entiende por integración (y en particular la económica) *“como un proceso y como una situación de actividades económicas. Considerada como un proceso, se encuentra acompañada de medidas dirigidas a abolir la discriminación entre unidades económicas pertenecientes a diferentes naciones; vista como una situación de negocios, la integración viene a caracterizarse por la ausencia de varias formas de discriminación entre economías nacionales”*⁶³¹. De esta forma, el mismo autor distingue de los procesos de integración los de cooperación, de la siguiente manera: *“mientras que la cooperación involucra acciones encaminadas a disminuir la discriminación, el proceso de integración económica implica medidas encaminadas a suprimir algunas formas de discriminación”*⁶³².

631 Véase Balassa, B., Teoría de la Integración Económica, Unión Tipográfica Hispano Americana, Utema, 1964, pág. 1.

632 Véase Balassa, B., Teoría de la Integración Económica, op. cit. pág. 2.

En este orden de ideas, sostiene Mateos Cienfuegos que la Unión Europea “*representa un nuevo modelo de organización político-social que, mediante instituciones comunes y un ordenamiento jurídico común, aspira a conseguir paulatinamente un elevado grado de integración económica y monetaria, y en menor medida política, entre sus miembros, con la subsiguiente pérdida de soberanía de los Estados*”⁶³³. Sobre el particular, desde nuestra perspectiva hemos comentado que los procesos de integración que enfrenta la Unión Europea no suponen en realidad ninguna transferencia de competencias soberanas por parte de los Estados a la Unión, sino más bien de delegación, en el cual son los Estados quienes marcan la pauta en el desarrollo de ese derecho comunitario.

Pero estos procesos de integración, que ciertamente son distintos de los de colaboración como hemos visto, no pueden ser concebidos únicamente desde una perspectiva económica, sino también se debe tener en cuenta otros factores desde el punto de vista político y sociocultural. Al respecto, el mismo Balassa ha sostenido: “*examinando el reciente interés en la integración económica, es también obligado considerar el papel de los factores políticos, es*

633 Ver Cienfuegos Mateo, M., Libertades Comunitarias de Circulación y ejercicio de las actividades profesionales del derecho, en Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales, Serrano de Nicolás A., y Vázquez Albert, D., vol. 2 de la obra coordinada por Garrido Melero M. y Furgado Estivill, J.M., El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, Barcelona: Bosch, 2005, pág. 6.

indudable que —especialmente en el caso de Europa— los objetivos políticos son de gran trascendencia. La posibilidad de evitar futuras guerras entre Francia y Alemania, la creación de una tercera fuerza en la política mundial y el restablecimiento de la Europa Occidental como un poder mundial son frecuentemente mencionados como metas políticas que podrían alcanzarse mediante la integración económica”. Con lo que dichos procesos de integración deben ser analizados desde una triple perspectiva: social, política y económica, y desde un proceso gradual, entre los cuales, la doctrina ha distinguido la Zona de Libre Cambio (o Zona de Libre Comercio, la Unión Aduanera, el Mercado Común, la Unión Económica, la Unión Económica y Monetaria y, finalmente, la Unión Política⁶³⁴).

En este orden de ideas, habría que examinar en el supuesto de la Unión Política si en lugar de la delegación realmente se puede hablar de una transferencia real de competencias de los Estados a una posible Federación. Pero si analizamos los procesos de integración que ha realizado la Unión Europea, teniendo en cuenta ahora las disposiciones del Tratado de Lisboa, en el cual más bien se plasma la Unión Económica y Monetaria, todavía queda mucho por hacer en ese sentido. En todo caso, a todas luces es

634 Un estudio detallado sobre dichas etapas del proceso de integración y, dentro de ellas, dónde está situada la Unión Europea, lo podemos encontrar en Cienfuegos Mateo, M., *Libertades Comunitarias de Circulación y ejercicio de las actividades profesionales del derecho, en Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales*, op. cit. págs. 10-13.

evidente que la integración experimentada en el continente europeo no tiene parangón en el orbe. Ello es evidente si se compara la vivencia europea frente a otros procesos como la Comunidad Andina, el MERCOSUR, el SICA, entre otros.

Sección II. La Unión Europea.

Una vez que inició en el año 1951 la Comunidad del Acero y del Carbón, a la fecha los Estados miembros de la Unión Europea han celebrado diversos tratados y acuerdos con el fin de fortalecer no sólo los ámbitos en los que operaría la Unión, es decir sus competencias, sino también ha aumentado el número de países que lo integran, hasta llegar a la cifra actual de veintisiete.

Pero este desarrollo agigantado del derecho comunitario (particularmente económico) no hubiese sido posible sin la dirección y el empuje que en ese sentido le ha dado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de donde se extraen varios principios que informan la actividad desplegada por los órganos comunitarios, entre ellos, el principio de primacía, el del efecto directo de sus disposiciones (particularmente los reglamentos y algunas directivas,

sobre lo cual en esta investigación no profundizaremos), el principio de atribución que sirve de límite, como lo hemos señalado, a la actividad de los órganos comunitarios, el de responsabilidad, entre otros.

Ahora bien, entre los tratados que han celebrado los Estados partes de la Unión Europea con el fin de fortalecer el proceso de integración, es preciso mencionar los siguientes: la Declaración Schuman (1950), el Tratado de París (1951), los Tratados de Roma (1957), el Acta Única Europea (1986), el Tratado de Maastrich (1992), el Tratado de Ámsterdam (1997), el Tratado de Niza (2001), el Tratado de Roma, por el que se establecía una Constitución para Europa, pero que no entró en vigencia, por la negativa de algunos de los Estados miembros de incorporarlo a su ordenamiento interno, 2004, y el Tratado de Lisboa, que recientemente entró en vigencia en el año 2007.

Es claro que en el proceso histórico que ha vivido la Unión se ha dado a pasos muy acelerados en el ámbito económico, pero aún es posible encontrar algunas deficiencias en otros ámbitos, como el político y de seguridad, lo cual queda como una meta pendiente con respecto a futuros acuerdos de integración, de modo que se pueda alcanzar la pretendida unión política y el establecimiento del Estado Cofederal Europeo.

En este orden de ideas, algún sector doctrinal, al intentar describir las relaciones actuales de la Unión Europeas con sus países miembros, utilizan la expresión del pluralismo constitucional, con el cual se intenta explicar la coexistencia de “*al menos*” dos tipos de constituciones en los Estados que componen la Unión: la primera, la Constitución estrictamente considerada y, la segunda, que vendría a hacer ahora el Tratado de Lisboa, cuyo calificativo nos parece osado, pues dicho Tratado, aunque ciertamente refuerza la integración en algunos aspectos con respecto a los anteriores, todavía no deja de tener ese carácter.

También consideramos que falta mucho por hacer en lo que atañe a la democratización de los órganos que componen la Unión: el Parlamento Europeo, el Consejo, el Consejo Europeo, entre otros, y en la participación directa de los ciudadanos europeos en la adopción de las decisiones que directamente le atañen, es decir, sobre el manejo y la administración de las materias que han sido delegadas por los Estados en razón del proceso de integración. Creemos que son estos rumbos los que hoy día impiden la realización del anhelo propuesto por quienes idearon la Unión. En este marco, nos parece más correcto hablar en el escenario europeo de una protección multidimensional de los derechos fundamentales, regido por un

criterio de competencia, sobre lo cual profundizaremos más adelante en nuestra investigación.

Ahora bien, son múltiples los actos que dictan los órganos comunitarios en el desempeño de sus atribuciones, sobre los cuales no profundizaremos. De ellos, de los tratados y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (particularmente las decisiones emitidas en los asuntos “*Van Gend & Loos (1963)* y *Flaminio Costa (1964)*”) se ha constituido en el seno de la comunidad un nuevo ordenamiento jurídico (distinto) del Derecho Internacional, es decir, el Derecho Comunitario, informado por varios principios que ya hemos mencionado y que han tenido su origen en la jurisprudencia del Tribunal aludido.

Entre los principios que componen el Derecho Comunitario, sin duda el más relevante es el de primacía de las disposiciones que componen el sistema aludido sobre las del derecho interno, siempre que se trate de materias que han sido delegadas por los Estados a la Unión. Al respecto, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el asunto “*Internationale Handelsgesellschaft*”, sentencia de 17 de diciembre de 1970, señaló: “*Considerando que el recurso a normas o conceptos jurídicos del derecho*

nacional, para apreciar la validez de los actos de las Instituciones de la Comunidad, tendría por efecto, menoscabar la unidad y la eficacia del Derecho Comunitario”, y “que la validez de dichos actos sólo puede apreciarse con arreglo al Derecho Comunitario; que, en efecto, al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione el fundamento jurídico de la Comunidad misma ”. Más aún, en la paradigmática sentencia emitida en el caso “Simmenthal” (cuya cita no puede ser soslayada, por ningún motivo) de 9 de marzo de 1978 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dispuso: “en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, las disposiciones del Tratado y los actos de las Instituciones directamente aplicables tienen por efecto, en sus relaciones con el Derecho interno de los Estados miembros no solamente hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor”.

Pero esta primacía del Derecho Comunitario tiene como límite inenuntable, según lo establece el mismo Tratado de Lisboa, el principio de atribución, motivo por el cual la actividad de los órganos comunitarios no puede exceder el ámbito de competencias que han sido delegadas por los Estados a la Unión. Otros principios que debemos mencionar son el del efecto directo y el de responsabilidad, cuyo análisis desborda los propósitos de esta investigación.

Sección III.- La primacía del Derecho Comunitario frente a la supremacía de las Constituciones de los Estados miembros: la protección multidimensional de los derechos fundamentales en el escenario europeo.

Como lo hemos adelantado, el conflicto entre la primacía del Derecho Comunitario y la superioridad normativa de las Constituciones de los Estados miembros de la Unión es uno aparente, en la medida en que cada uno de ellos cobra sentido en el ámbito de sistemas normativos distintos. Sin embargo, esta posición no había sido entendida de esta forma por el Tribunal Constitucional Español, como se infiere del razonamiento inicialmente esgrimido por el Tribunal Constitucional Español en la Declaración 1/1992 de 1 de julio de 1992, en la cual ante el requerimiento (asunto 1.236/92) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la Constitución Española y el art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante T.C.C.E.E.), en la redacción que resultaría del art. G B, 10, del Tratado de la Unión Europea. En efecto, en esa declaración el Tribunal Constitucional Español dispuso: “1º *Que la estipulación contenida en el futuro art. 8 B, apartado 1, del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, tal y como quedará redactado por el Tratado de la*

Unión Europea, es contraria al art. 13.2 de la Constitución en lo relativo a la atribución del derecho de sufragio pasivo en elecciones municipales a los ciudadanos de la Unión Europea que no sean nacionales españoles. 2º Que el procedimiento de reforma constitucional, que debe seguirse para obtener la adecuación de dicha norma convencional a la Constitución, es el establecido en su art. 167’. Con lo que en esta decisión, el Tribunal Constitucional Español, ante el conflicto entre la superioridad normativa de la Constitución Española de 1978 y la primacía del Derecho Europeo plasmada en el tratado aludido, resolvió acerca de la necesidad de reformar una norma constitucional para adecuar a las exigencias del Tratado.

En términos similares, el Consejo Constitucional Francés, en la D 2007-560 DC de 20 de diciembre de 2007, en la que se pronunció con respecto al Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en el sentido que la autorización de su ratificación exige una revisión de la Constitución⁶³⁵. Cabe

635 En esta decisión el Consejo Constitucional dispuso: “18. *Considerando que requieren una revisión de la Constitución las disposiciones del Tratado de Lisboa que transfieren a la Unión Europea, y hacen que dependan del «procedimiento legislativo ordinario», las competencias inherentes al ejercicio de la soberanía nacional; que es el caso del artículo 75 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, en el ámbito de la lucha contra el terrorismo y las actividades conexas, de su artículo 77, en el ámbito del control en las fronteras, del apartado d) del párrafo 2 de su artículo 79, en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos, de su artículo 81, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, y de sus artículos 82 y 83, en el ámbito de la cooperación judicial en*

mencionar que en virtud de esta sentencia, y por medio de la ley constitucional No.2008-724 de 23 de Julio, han sido modificados de la Constitución Francesa, entre otras disposiciones, el Título XV: De las Comunidades Europeas y de la Unión Europea (que se denominará una vez que entre en vigor la reforma De la Unión Europea) y, en concreto, sus artículos 88-1, 88-2, 88-4, 88-5, 88-6, 88-7, los cuales entrarán en vigor justamente a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado sobre la Unión Europea y el Tratado que instituye la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007.

materia penal, para aquellas competencias mencionadas en dichos artículos que no estén incluidas en las previsiones ni de los artículos 62 y 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, ni de los artículos 31 y 34 del Tratado de la Unión Europea; 19. Considerando que también requiere una revisión de la Constitución, con respecto al alcance que reviste una tal disposición para el ejercicio de la soberanía nacional, el artículo 86 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, tal y como figura en el Tratado de Lisboa, el cual, por una parte, prevé que el Consejo puede, por unanimidad, instituir una Fiscalía europea, órgano habilitado para perseguir a los autores de infracciones que perjudiquen los intereses de la Unión y para ejercer ante las jurisdicciones francesas la acción pública relativa a dichas infracciones y, por otra parte, organiza las modalidades según las que, a falta de unanimidad, puede, no obstante, tener lugar dicha creación". En un sentido similar, se puede revisar el criterio sostenido por el Consejo Constitucional Francés en la D. 2004-505 DC del 19 de noviembre de 2004, en que se analizó la compatibilidad, con respecto a la Constitución Francesa de 1958, del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el cual fue sometido por el Presidente de la República ante el Consejo en aplicación del artículo 54 de la Constitución. En esa oportunidad el Consejo Constitucional determinó que: "Artículo 1. - La autorización de ratificar el Tratado que establece una Constitución para Europa no puede llevarse a cabo sin una reforma previa de la Constitución".

En este sentido, el hecho que en ambas oportunidades se haya requerido una reforma a cada Constitución para adecuarlas a las exigencias del Derecho Comunitario no supone ningún menoscabo de la superioridad normativa del Texto Fundamental, siempre que con motivo de dichas reformas se instauren los procedimientos que las Constituciones prevén para su modificación formal, en estricto apego al principio de rigidez de la Constitución.

En este orden de ideas, el hecho que la Constitución sea un instrumento de protección de los intereses de los grupos minoritarios y que se exiga normalmente una mayoría calificada para su revisión, en modo alguno impide que pueda ser adaptada a las exigencias del Derecho Comunitario, sin que ello suponga algún menoscabo del principio de supremacía constitucional, siempre que se respeten los procedimientos que la Norma Fundamental establece con ese fin.

Pero quizás el mejor intento de conciliación entre el principio de primacía del Derecho Europeo y la superioridad normativa de las Constituciones de los Estados miembros, ha sido el desarrollado el Tribunal Constitucional Español en su declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004), en la cual se pronunció sobre el requerimiento (asunto

núm. 6603-2004) formulado por el Abogado del Estado, en nombre y representación del Gobierno de la Nación, acerca de la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004⁶³⁶.

En esta decisión, el Tribunal Constitucional Español negó la existencia de una posible contradicción o colisión entre los principios de supremacía de la Constitución y primacía del ordenamiento jurídico comunitario. En efecto, en esta resolución el Órgano Jurisdiccional aludido explicó que la supremacía del precepto constitucional y la primacía del ordenamiento comunitario se desarrollan en planos distintos, del siguiente modo: *“Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquella, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino*

636 Un comentario relevante sobre el contenido de esta declaración, pero desde una perspectiva distinta a la desarrollada en este estudio puede ser hallado en Díaz Revorio, F. J., ¿Qué Constitución prevalece? Comentario a la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre, en repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, No. 12, 2005, pág. 13-32

en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación”⁶³⁷.

Pero en el caso remoto en que las disposiciones del Derecho Europeo soslayan la superioridad normativa de la Constitución Española de 1978, le corresponde entonces al Tribunal Constitucional Español, según lo expuesto en esa declaración, no sólo la defensa de los preceptos constitucionales y su interpretación última y privilegiada, sino hacer valer la soberanía del pueblo español, si con motivo de la cesión de competencias del Estado a la unión se desconocen los mencionados límites que se

⁶³⁷ Pero más importante que lo anterior es la afirmación realizada por el Tribunal Constitucional Español en el sentido que la primacía del ordenamiento comunitario no es incompatible frente a la supremacía de la Constitución, teniendo en cuenta que ella misma ha previsto, en su artículo 93, “la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a estos”. De ahí justamente que sea la misma Constitución la que ha aceptado la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que le es propio, con lo cual: “la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el art. I-6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución”.

inferen del principio de atribución, previsto expresamente, como lo hemos señalado en el mismo Tratado de Lisboa. Así lo entiende el Tribunal Constitucional cuando sostiene en su Declaración: *“en el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el art. I-60 del Tratado, verdadero contrapunto de su art. I-6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros”*.

Finalmente, sobre el particular es preciso mencionar la decisión recientemente adoptada por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en la sentencia emitida con respecto a la aprobación del mismo tratado de Tratado de Lisboa (de 30 de junio de 2009), en la cual señaló señaló varios aspectos que en alguna medida ya habían sido adelantados en el

pronunciamiento del Tribunal Constitucional Español en su Declaración 1/2004, o bien reformulados; tales son (sin ánimo de hacer una revisión exhaustiva): la Unión Europea no tiene competencia para definir las que le son propias, sino los Estados miembros (la competencia sobre la competencia, con lo que deja claro el Tribunal Constitucional Federal Alemán quien tiene la llave o la última palabra, es decir, el poder de decisión en la configuración del Estado Cofederal Europeo); la República Federal Alemana tiene derecho de separarse del Tratado de Lisboa, en los términos del artículo 50 del Tratado (esta posibilidad ya la hemos mencionado con anterioridad, lo cual refuerza nuestra posición sobre el particular); el Tribunal Constitucional Federal Alemán tiene la posibilidad de declarar *“ultra vires”* los actos que la Unión Europea realice sobre las competencias que le han sido encomendadas, las cuales no son aplicables en la República Federal Alemana (esta razonamiento del Tribunal, lejos de pretender una conciliación entre la superioridad normativa de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana y la primacía del Derecho Comunitario, nos parece que más bien supone un fuerte golpe al segundo, y más que un intento por defender la soberanía del Estado alemán, en realidad pretende desmotivar o desacelerar la integración europea en otros ámbitos que no sean estrictamente los económicos; son muy relevantes los interrogantes o las preguntas que despierta esta decisión); le atañe al

Tribunal Constitucional Federal Alemán la definición de la identidad nacional de Alemania, como Estado miembro y soberano, así como de declarar inaplicables cualquier normativa del Derecho Comunitario que soslaye esos elementos; lo anterior teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 4.2 del Tratado de la Unión Europea, según ha sido modificado por el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (este criterio va muy apegado con el anterior; en este sentido, aunque el Tribunal Constitucional Español se reservó para algún caso muy extremo una posibilidad similar, nos parece que en esta ocasión el Tribunal Constitucional Federal Alemán cercena todos los alcances del principio de primacía del Derecho Comunitario y se enfrenta al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; sobre el particular, habría que esperar cuál será la posición del Tribunal Constitucional Federal Alemán en futuros fallos u otros razonamientos.

Ahora bien, con independencia de que se afirme o no el pluralismo constitucional en el ámbito europeo, o que se logre la conciliación entre la superioridad normativa de la Constitución frente a la primacía del Derecho Comunitario, es innegable en ese escenario la existencia de distintas dimensiones o planos de protección de los derechos fundamentales (en el seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Tribunal de

Justicia de las Comunidades Europeas y a lo interno de cada Estado). Sobre el particular, sin duda excede los propósitos de esta investigación desarrollar la manera en que, por ejemplo, en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se vio forzado a tutelar o proteger los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Europeo. En este sentido, solamente es necesario reiterar que con la aprobación del Tratado de Lisboa, la Unión Europea se ha adherido al Convenio de Roma de 1950, con lo que a nuestro juicio el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el órgano que tiene la última palabra en la interpretación de los derechos y las libertades fundamentales en el continente europeo.

Sección IV.- La derogación de las normas preconstitucionales por las disposiciones del Derecho Comunitario Europeo.

Una vez comentadas las diversas implicaciones de los procesos de integración que experimenta la Unión Europea, así como los intentos de conciliación entre la superioridad normativa de las Constituciones de cada uno de los Estados miembros de la Unión frente a la primacía del Derecho Comunitario, así como los aportes relativos a la protección multidimensional de los derechos fundamentales, a continuación desarrollaremos el tema que nos ocupa en esta investigación, sea la relación

entre las normas preconstitucionales y las que provienen de la comunidad europea.

En este orden de ideas, ya hemos mencionado que en virtud de la primacía de las disposiciones del Derecho Europeo y de su efecto directo, ellas en realidad no tienen la virtud de derogar las normas pre y post constitucionales que se le oponen, en la medida en que se trata de sistemas normativos distintos, delimitados por el principio de atribución en el ámbito del Derecho Comunitario. Lo anterior por cuanto, la normativa comunitaria no puede operar más allá de las competencias que han sido delegadas por los Estados a la Unión.

De ahí que el juez ordinario, en caso de conflicto entre la normativa comunitaria y la del derecho interno de un Estado, sea o no preconstitucional, si se trata de materias delegadas por los Estados a la Unión, ha de preferir o de aplicar las normas comunitarias, sin que ello afecte como lo hemos expuesto la vigencia (puesto que la norma sigue perteneciendo o existiendo dentro de su sistema normativo) o su validez (que se mide únicamente como un juicio de adecuación a la norma superior en cuanto a su contenido, como a los procedimientos que en esta última se han previsto para la emisión de la primera). Desde esta perspectiva, dicho

conflicto se resuelve en términos muy sencillos, pues la aplicación del Derecho Europeo sobre las normas preconstitucionales no incide sobre su vigencia, o sobre la validez de las normas postitucionales, ni sobre los efectos ultraactivos de las normas preconstitucionales que previamente han sido derogadas, por ejemplo, por la normatividad de la Constitución.

CONCLUSIONES.

En la actualidad, como se expuso anteriormente, no existe ninguna discusión en cuanto al reconocimiento de la Constitución como norma jurídica y al principio de supremacía de la Norma Fundamental, razón por la que está situada en la cúspide del ordenamiento jurídico. A pesar de lo anterior, ni en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales, ni en la doctrina, son uniformes los criterios que se han esbozado en cuanto a las implicaciones o los alcances de ese reconocimiento. A modo de ejemplo, si bien el instituto de la inconstitucionalidad por omisión supondría el mayor alcance de ese reconocimiento normativo y preceptivo de las disposiciones constitucionales, gran parte de la doctrina aún se muestra reticente a admitir esa posibilidad, con lo que, en alguna medida, aún queda bajo esa óptica el modelo francés de control de constitucionalidad que, como hemos visto, se sustentaba por la existencia de un control político, ejercido por el Parlamento, en el cual la Constitución prácticamente había sido despojada de su fuerza normativa.

Ello ha sido particularmente evidente en el supuesto de la resolución del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la

Constitución, donde no se ha establecido un criterio uniforme para resolverlo, sino que se han adoptado múltiples soluciones sobre el particular, negándose en algunos casos (especialmente en aquellos donde se ha desarrollado la institución de la inconstitucionalidad sobrevenida) uno de los elementos que connotan las normas constitucionales, y que se refiere a su posibilidad de derogar tácita o expresamente todo el derecho anterior que se opone a la Constitución, a partir del reconocimiento de su fuerza normativa. De modo que frente a la Constitución, las normas preconstitucionales que le son incompatibles pierden su vigencia, en aplicación del principio *lex posteriori derogat priori*.

Es claro, asimismo, que esa fuerza normativa de la Constitución no sólo presupone su carácter rígido (motivo por el cual únicamente debería ser revisada mediante la consecución de procedimientos especialmente agravados con ese fin, de mayor dificultad que los previstos para la emisión de normas jurídicas con rango de ley), sino también por el establecimiento de garantías jurisdiccionales para su protección, así como para recordar a las autoridades públicas su verdadera sujeción con respecto a las normas constitucionales. Sobre el particular, hemos visto los distintos modelos y los métodos que el Constitucionalismo ha implementado para asegurar el carácter normativo del Texto Fundamental.

Así, en la implementación de dichos modelos y métodos es posible observar un proceso histórico (cuyo origen lo podemos encontrar concretamente en el Constitucionalismo Norteamericano y que tiempo después fue trasladado con algunas modificaciones al Constitucionalismo Europeo) que ha dado lugar al reconocimiento efectivo de la Constitución como norma jurídica, dotada de coercitividad, exigible plenamente a la actuación de los poderes constituidos, así como frente a sus actuaciones y sus omisiones.

En este orden de ideas, sin duda tienen una relevancia capital los aportes del Constitucionalismo Norteamericano que dieron lugar en 1803 a la sentencia *Marbury versus Madison*, dictada por el Juez John Marshall, y a su recepción posterior en el Constitucionalismo Europeo. En este sentido, hemos analizado en esta investigación que dicha potestad de los jueces ordinarios de inaplicar las disposiciones legales por razones de constitucionalidad inicialmente fue aplicada por los jueces de manera excepcional, a tal grado que no fue sino hasta casi cincuenta años después, en el asunto *Dredd Scott* (en 1857), que esa potestad fue reiterada por los tribunales ordinarios.

De esta manera, dichos procesos históricos dieron origen a los modelos norteamericano y europeo de control de constitucionalidad. Estos modelos, se distinguen básicamente por la aplicación de los métodos: difusos y concentrado de control. Lo anterior sin olvidar el denominado modelo iberoamericano de constitucionalidad y el método mixto.

Nota característica del modelo norteamericano de control de constitucionalidad, es que se ha otorgado al juez ordinario la posibilidad de aplicar directamente las disposiciones constitucionales sobre las de rango inferior que se le oponen. Se trata por ello de un control difuso, pero con efectos sobre el caso concreto que resuelve cada Órgano Jurisdiccional. En este caso, si bien se podría pensar que dicho método de control de constitucionalidad tiene el gran inconveniente de la dispersión jurisprudencial y la seguridad jurídica que se puede generar si se otorga el control de constitucionalidad (y, por ende, la posibilidad de inaplicar una norma con rango de ley) a cualquier juez de la república norteamericana, ello en gran medida es corregido no solo por la actividad de la Corte Suprema, sino también por el valor vinculante del precedente. En este orden de ideas, y a diferencia del modelo europeo de control de constitucionalidad que tradicionalmente ha desconfiado de la figura del juez

en la creación del ordenamiento jurídico, la Corte Suprema Norteamericana más bien ha dicho que la interpretación que ella hace de la Constitución es la ley suprema sobre la tierra.

Por su lado, en el modelo europeo de justicia constitucional, que mayoritariamente se caracteriza por la aplicación del método concentrado de control, se ha atribuido la justicia constitucional a un Órgano especializado, el Tribunal Constitucional, quien disfruta del monopolio del rechazo para expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones infraconstitucionales que no superan el examen de constitucionalidad. Inicialmente dicho modelo había sido diseñado por el Jurista Han Kelsen, quien atribuyó el control de constitucionalidad a un órgano independiente del Poder Judicial, que hacía las veces de un legislador negativo, que inaplicable por razones de inconstitucionalidad las disposiciones jurídicas que son incompatibles frente a la Constitución. A pesar de lo anterior, no fue sino luego del período entre guerras que fueron implantados los tribunales constitucionales paradigmáticos del modelo europeo de control (el Tribunal Constitucional Federal Alemán y la Corte de Constitucionalidad Italiana), a quienes se les ha otorgado el monopolio del rechazo, es decir, la facultad de expulsar del ordenamiento jurídico las disposiciones con rango de ley que no se adecuan a la Constitución.

En estos casos, la decisión de los tribunales constitucionales normalmente tienen efectos erga omnes o generales, vinculantes para todos los casos, y retroactivos, de modo que la anulación se va extendiendo a la fecha de emisión del precepto impugnado. Ejemplos de este sistema de justicia constitucional los podemos encontrar en Alemania, Italia y España, a cuyos tribunales constitucionales se les ha atribuido otras competencias además de la revisión constitucional de la ley, como son: la tutela de los derechos fundamentales mediante el recurso de amparo o queja constitucional (salvo el caso italiano), y las funciones de arbitraje o de resolución de conflictos entre los órganos constitucionales.

Finalmente, en lo que atañe al modelo iberoamericano de justicia constitucional, normalmente se caracteriza por la aplicación de un método mixto de control de constitucionalidad: difuso, por parte de los tribunales ordinarios y; concentrado, por parte de Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales especializadas. Ejemplos de este sistema de justicia constitucional los podemos encontrar en Perú, República Dominicana, El Salvador, entre otros.

Sobre el particular, es necesario acotar, como se ha visto en esta investigación, que el origen del modelo iberoamericano de justicia constitucional es incluso anterior al del modelo europeo de justicia constitucional, y de las ideas Kelsenianas que dieron origen al método concentrado de control. En este sentido, la influencia del Constitucionalismo Norteamericano es también evidente en este modelo, donde inicialmente se había reconocido la potestad de inaplicar las disposiciones inconstitucionales al juez ordinario y, con posterioridad, fue compartida con la idea de asignar ese control, en última instancia, a la corte suprema o a un tribunal especializado.

Pero también se ha insistido en el reconocimiento de la Constitución no sólo como norma sino además suprema, situada en la cúspide del ordenamiento jurídico, así como las garantías que se contemplan para asegurar esa superioridad y esa posición de privilegio, lo que ha dado pie a la formulación del principio de supremacía de la Constitución, y la forma en que ha sido contemplado en la Constitución de los Estados Unidos de América, la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949 y la Constitución Española de 1978, por mencionar algunos ejemplos.

Asimismo se han expuesto algunas implicaciones de este principio en el ordenamiento jurídico costarricense, así como la obligación ineludible de los poderes constituidos de observar efectivamente todos los mandatos y los límites que la Norma Fundamental estipula, tanto en su parte dogmática como orgánica, por intentar clasificar las disposiciones constitucionales de alguna forma. Es claro que la inobservancia de alguno de los preceptos previstos en la Norma Fundamental necesariamente conduce a la inconstitucionalidad de la acción u la omisión que se trate, así como la obligación de los Órganos Jurídicamente habilitados para ello (en el caso costarricense, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia) de expulsarlas del ordenamiento jurídico en el marco de la aplicación de un método que bien puede ser catalogado como hiperconcentrado de control de constitucionalidad. En este sentido, el control de constitucionalidad que ostenta la Sala Constitucional se extiende no sólo con respecto a las normas jurídicas con rango de ley, sino a todas las disposiciones del ordenamiento jurídico, de ahí que en este diseño, es casi nula la participación del juez ordinario en el aludido control, únicamente en cuanto tiene la posibilidad, de plantear la consulta judicial de constitucionalidad si tiene dudas fundadas sobre la conformidad con el Derecho de la Constitución del acto o la omisión que ha de juzgar, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 102 y

106 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, que ya hemos tenido ocasión de examinar.

Ahora bien, en lo que atañe al conflicto normativo existente entre la Constitución y las normas preconstitucionales que la contradicen, en esta investigación se ha podido sustentar la tesis de la potestad de todos los Órganos Jurisdiccionales (sea el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios) de tener por derogadas aquellas disposiciones cuyo período de vigor es anterior a la Constitución.

Tal afirmación es una consecuencia necesaria del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y las cláusulas de derogatoria general (en los supuestos en que han sido positivizadas), las que sin duda exigen la abrogación de los preceptos preconstitucionales que resultan incompatibles frente a las normas y los principios de la Constitución vigente⁶³⁸. Lo anterior, justamente en los casos en que esa incompatibilidad se produce de manera directa entre el precepto preconstitucional y la Carta Magna, pues sino el Tribunal Constitucional, o los tribunales ordinarios en su caso, al efectuar ese juicio de vigencia, pueden determinar que la norma no ha sido

638 Cabe mencionar que en esta investigación, si no ha sido advertido con anterioridad, los términos derogación y abrogación han sido utilizados como sinónimos. Para el autor ambos conceptos son usados indistintamente para aludir a la misma situación.

derogada por la Constitución, caso en el que aplican de manera conjunta ambas disposiciones (Constitución y ley, la última todavía vigente) para resolver el litigio o el asunto de que se trate.

También se ha podido demostrar que el control de constitucionalidad estrictamente considerado (es decir en términos de validez) únicamente se puede producir respecto de normas vigentes o sobre los efectos ultra-activos de las normas derogadas (pre y postconstitucionales), teniendo en cuenta las diferencias existentes entre los institutos de la declaratoria de inconstitucionalidad, el efecto derogatorio, la validez y la vigencia o vigor de una norma jurídica, así como la imposibilidad de asimilar estas nociones, como se ha pretendido en el sistema de justicia constitucional italiano, con la llamada inconstitucionalidad sobrevenida, y al juzgarse sobre la validez de una disposición ya inexistente por haber perdido su vigencia ante la normatividad del Texto Fundamental.

En este sentido, se ha entendido por vigor o vigencia la existencia o la positividad de una ley, en tanto que el concepto de validez se ha referido a la adecuación de una norma a otras normas sobre la producción y en particular a la Constitución, pero también en cuanto a su contenido

material. En este orden, la derogación o el efecto derogatorio no es otra cosa que la pérdida de la vigencia de la ley, el acto y el efecto de cesación de la vigencia de una norma producida por la aprobación y entrada en vigor de una norma posterior (que puede ser del mismo rango o superior) que modifica, todo o en parte, su contenido, o lo modifica sustituyéndolo por otro diverso.

Aunque son distintas las soluciones que se han ensayado en otros ordenamientos jurídicos para resolver el juicio de incompatibilidad entre las normas preconstitucionales y la Norma Fundamental, nos parece que resultan irrefutables los argumentos relativos a la abrogación de estas disposiciones, a partir del reconocimiento de la Constitución Política como norma suprema dotada de coercitividad y exigible por ende frente a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos.

Con este fin, en esta investigación también se han estudiado las interacciones entre las normas preconstitucionales y las disposiciones que componen el bloque de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico francés, el español y el costarricense, no sin antes realizar un repaso sobre qué se entiende por el bloque en cada sistema de justicia constitucional, así como las normas que lo componen en cada uno de éstos. En este sentido, y

siguiendo sobre el particular las ideas esbozadas por Rubio Llorente y Favoreu, entre otros, llama la atención que mientras en el sistema francés ha sido el Consejo Constitucional quien a golpe de sentencia ha precisado qué disposiciones componen el bloque de constitucionalidad (término cuya paternidad no corresponde al Consejo sino a la doctrina que ha estudiado el tema), en España y en Costa Rica más bien han servido para aludir a las disposiciones que son utilizadas (además del Texto Fundamental) para valorar la conformidad de todo el ordenamiento jurídico infraconstitucional.

Luego fueron revisadas sus relaciones con las normas preconstitucionales, con resultados bastante similares al conflicto normativo entre éstas y la Constitución, potenciándose en la medida en que fue posible el carácter normativo pleno de esas disposiciones y su posibilidad de derogar todo el ordenamiento jurídico que se les opone, pre y post-constitucional.

Lo anterior teniendo en cuenta que algunas disposiciones que componen el bloque de constitucionalidad en cada sistema han comenzado su período de vigor con ocasión de las Constituciones actualmente vigentes, de modo que frente a las primeras, el conflicto normativo se puede suscitar

tanto respecto de las normas preconstitucionales (cuyo período de vigencia es anterior a la Constitución) y las post-constitucionales (que han sido emitidas conforme los lineamientos y los procedimientos contemplados en la Constitución vigente). En ambos casos la derogación se produce en virtud de la capacidad normativa activa de la norma que compone el bloque de constitucionalidad de abrogar todo el derecho anterior que se le opone, siempre que no ostente un rango superior, o exista algún límite en aplicación del criterio de la competencia.

En virtud de lo anterior, y a modo comparativo, en este trabajo se ha desarrollado algunos de los criterios sostenidos por los principales tribunales constitucionales en el modelo de justicia constitucional europeo, es decir, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, la Corte de Constitucionalidad Italiana y el Tribunal Constitucional Español, sobre el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Ley Fundamental. La escogencia de estos Órganos Jurisdiccionales responde a que sus criterios constituyen las tres líneas más representativas tratándose del conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución

Pero también se ha repasado desde una perspectiva comparada las atribuciones que han sido conferidas a estos tribunales constitucionales (añadidas a las de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia) para defender el carácter normativo del Texto Fundamental, y su posición privilegiada en la cúspide del ordenamiento jurídico y la protección de los derechos fundamentales. Lo anterior, teniendo en cuenta no sólo su composición y la manera en que adoptan sus decisiones, sino también las principales competencias que le han sido otorgadas para defender ese carácter normativo y supremo de la Constitución. En este sentido, también hemos señalado que dichos tribunales no solo son los guardianes de los respectivos Textos Fundamentales, sino también sus intérpretes últimos, en tanto que su jurisprudencia vincula a las actuaciones y las omisiones de los poderes públicos.

De esta forma, el Tribunal Constitucional Federal Alemán (pese a la existencia en la Ley Fundamental de la República Federal Alemana de una cláusula de derogatoria general), de manera que nos parece inexplicable sostiene dos criterios distintos, tratándose del control concreto y abstracto de constitucionalidad. Así, en el caso del control concreto se lo ha atribuido a los tribunales ordinarios, en tanto que en el abstracto ha asumido la competencia para declarar la invalidez de una norma preconstitucional, sin

tener en consideración el contenido de la cláusula aludida, así como la fuerza normativa de la Constitución. En este marco, dicha disparidad de criterios entre el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y la Constitución en el sistema alemán a nuestro juicio es insostenible de cara al texto de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana, así como a su normatividad.

Por su parte, en el sistema de justicia constitucional italiano se ha desarrollado la noción de la inconstitucionalidad sobrevenida, en la cual como se ha insistido a lo largo de este trabajo claramente confunde los conceptos de validez y vigencia, así como la declaratoria de inconstitucionalidad y el efecto derogatorio, negándose entonces uno de los alcances del reconocimiento de la Constitución como norma jurídica, sea su posibilidad de tener por derogadas todas aquellas disposiciones cuyo período de vigor es anterior a ella y que la contradice. De modo que no es posible confundir la vigencia o la existencia positiva de una ley con su validez y su juicio de adecuación a la norma superior que ha regulado no sólo el procedimiento para su elaboración (es decir, su origen o su nacimiento a la vida jurídica), sino también a la que debe adecuarse en cuanto a su contenido.

De esta manera, si se trata de una norma post-constitucional, y su adecuación a la Constitución ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional luego de haber sido discutida, o bien nunca fue cuestionada por el juez ordinario al efectuar el juicio previo de constitucionalidad (sea, para valorar si decide plantear una cuestión de constitucionalidad) entonces debe ser aplicada al lado de la Constitución, a la cual se conforma como hemos dicho no sólo en cuanto a su procedimiento de elaboración, sino también en cuanto a su contenido material. Es distinto, en el caso de los efectos ultraactivos de las normas preconstitucionales derogadas por la normatividad de la Constitución, cuyo juicio de adecuación a la Constitución vigente, solo se puede efectuar en cuanto a su contenido material pero no en cuanto a su procedimiento de elaboración, en la medida en que estaba regulado en la Constitución ya derogada por la nueva Norma Fundamental, la cual de ningún modo puede ser utilizada como parámetro o criterio de constitucionalidad de dichos efectos ultraactivos de una norma que también es inexistente al haber perdido su vigencia por resultar incompatible frente al nuevo Texto Constitucional.

Pero también se ha acreditado el verdadero sustento de esta construcción jurisprudencial y doctrinaria que ha permitido someter al control de constitucionalidad, y al juicio de invalidez con respecto a la

Constitución, a los preceptos preconstitucionales; a saber, la inseguridad jurídica y la dispersión jurisprudencial que se podría producir si se permite la facultad de los tribunales ordinarios, y de la misma Corte de Constitucionalidad, de tener por abrogadas las disposiciones anteriores a la Constitución. Se trata entonces de una decisión de “*política de justicia constitucional*”, si cabe llamarla de esa manera, que no encuentra ningún respaldo en la teoría normativa de la Constitución, y cuyas consecuencias negativas en última instancia serían evitadas por el carácter vinculante de las decisiones de la Corte de Constitucionalidad, cuyo pronunciamiento sobre la adecuación de determinados efectos ultraactivos de una norma preconstitucional, o sobre su vigencia (si es a la Corte a quien le ha correspondido conocer no sobre los efectos ultraactivos de una norma ya derogada, sino sobre una que hasta ese entonces se consideraba vigente) vincula el comportamiento de los tribunales ordinarios, por la eficacia erga omnes de sus pronunciamientos.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la declaratoria de inconstitucionalidad es la premisa para tener por derogada una norma preconstitucional o para declarar su invalidez. De ahí que los tribunales ordinarios puedan tener por derogada una norma

preconstitucional, mientras que el Tribunal Constitucional puede igualmente declarar su invalidez.

Tal solución “*intermedia*” también soslaya las diversas implicaciones del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como la cláusula de derogatoria general que establece la propia Constitución Española de 1978. Y se trata entonces, como hemos visto, de una solución intermedia que no tiene asidero en el ámbito del derecho positivo, en cuya razón tanto el Tribunal Constitucional Español, como los tribunales ordinarios, deberían tener por derogadas las disposiciones preconstitucionales que son incompatibles frente al Texto Fundamental, al no superar el juicio de vigencia que sobre ellas impone la normatividad de la Constitución, y su poder para derogar todo el derecho anterior que se le opone.

En este sentido, sin duda es importante el voto salvado del Prof. Rubio Llorente a la sentencia 4/1981 de 2 de febrero, en que defiende la imposibilidad de asimilar las nociones de validez y vigencia, así como la derogatoria de una norma jurídica y la declaratoria de inconstitucionalidad, y advierte la confusión que se produce en la tesis “*híbrida y contradictoria*” de la inconstitucionalidad sobreviviente.

De ahí que también en este caso, la mejor solución para el conflicto normativo entre las normas preconstitucionales y el Texto Fundamental sería la abrogación de los preceptos anteriores que se oponen a la Constitución.

De otro lado, en lo que toca al sistema de justicia constitucional costarricense, en esta investigación se ha acreditado la falta de uniformidad entre los argumentos esbozados para resolver los conflictos jurídicos que suponen la incompatibilidad de las normas preconstitucionales a la Norma Fundamental, pese a la cláusula de derogatoria general que establece el artículo 197 de la Constitución Política. Lo anterior, luego de haber revisado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, cuando realizaba funciones de control de constitucionalidad y de la Sala Constitucional.

Así, la Sala Constitucional en la sentencia No. 4091-94, de 9 de agosto, repitió los argumentos esbozados por el Tribunal Constitucional Español en el sentido que la declaratoria de inconstitucionalidad es la premisa para tener por derogadas las normas que resultan incompatibles frente a la Norma Fundamental, o para anular las disposiciones que

vulneran el Derecho de la Constitución, pero indicó que únicamente ella es competente para declarar esa inconstitucionalidad, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución.

En la sentencia No. 2004-5206, de 18 de mayo incluso se declaró la inconstitucionalidad de una norma preconstitucional por vulnerar la Constitución de 1871, introduciéndose esta última disposición en el parámetro de constitucionalidad a partir de una interpretación que como se ha visto cercena todos los alcances del artículo 197 de la Constitución Política.

Sobre el particular, es preciso reiterar, de acuerdo con los argumentos de esta investigación, que tales interpretaciones son plausibles en la medida en que se deje de lado los alcances del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, así como la cláusula de derogatoria general del artículo 197 ídem. Es claro que el juicio de incompatibilidad de las normas preconstitucionales frente a la Constitución está previsto en la norma mencionada, de tal manera que el examen de vigencia es anterior al de validez del artículo 10 ibídem.

También se ha demostrado en esta investigación la competencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia para declarar la invalidez de los efectos de las normas preconstitucionales que han sobrevivido a su derogatoria. De ahí que los tribunales ordinarios, si consideran que la norma preconstitucional es todavía capaz de producir efectos ultra-activos, deben interponer la consulta judicial facultativa de constitucionalidad, para que sea la Sala quien determine finalmente su regularidad constitucional.

Es claro que en este supuesto el pronunciamiento de la Sala Constitucional vincula al juez ordinario, no sólo en cuanto al examen validez de tales efectos, sino también en cuanto al anterior de vigencia. De esta forma la Sala termina uniformando la Jurisprudencia de los Tribunales ordinarios acerca de la derogatoria o no de las normas preconstitucionales.

Cabe mencionar que la eficacia del fallo anulatorio de la Sala sobre los efectos de las normas preconstitucionales derogadas por fuerza de la Constitución, al igual que en los supuestos de las normas derogas postconstitucionales, son retroactivos o *ex tunc*, a partir de la entrada en vigencia de la norma impugnada. No tendría ninguna relevancia práctica la declaratoria de inconstitucionalidad que la Sala realice sobre dichos efectos

ultra-activos, sino se puede extender el alcance anulatorio a partir de su momento de emisión anterior a la Constitución Política.

Ciertamente, aunque desde la introducción se advirtió que excede el objeto de esta investigación el análisis de aquellas situaciones en las cuales una norma postconstitucional deviene incompatible frente a la Constitución, luego de haberse efectuado una reforma formal de la segunda, nos parece que también son aplicables a este caso las ideas defendidas en este trabajo, en cuanto a la posibilidad del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios de tener por derogada la primera, precisamente en razón de la fuerza normativa que supone la aprobación de la reforma constitucional, y su posibilidad de abrogar todo el derecho anterior que se le opone.

De lo anterior se deduce que también es posible efectuar el control de constitucionalidad sobre los efectos ultra-activos de la norma postconstitucional, que se ha tenido por derogada luego de la reforma constitucional. En todo caso, este punto merece sin duda mayores reflexiones.

Pero también se ha explorado en esta investigación las diversas interacciones entre las normas preconstitucionales y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el sistema de justicia constitucional costarricense, cuanto en el sistema de justicia constitucional español, teniendo en cuenta que tales instrumentos reciben un tratamiento diferenciado en ambos ordenamientos, a partir de lo dispuesto el artículo 48 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, y los artículos 10.2 y 96 de la Constitución Española.

En el primer supuesto, es indudable que los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos tienen la virtud de abrogar todo el derecho anterior (pre y post constitucional que se les opone). Lo anterior, teniendo en cuenta el criterio reiterado de la Sala Constitucional sobre los alcances del artículo 48 de la Constitución Política, según la cual el Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, en la medida en que brinda mayor protección y un mejor ámbito de tutela de un derecho fundamental que la propia Constitución, prima sobre el texto de la Norma Fundamental. Así lo ha reconocido reiteradamente la Sala Constitucional en su Jurisprudencia, la cual ha sido comentada con algún detalle en esta investigación.

Pero la solución no es muy distinta en el ordenamiento jurídico español, en el cual si bien tales instrumentos no constituyen canon independiente de constitucionalidad (sino meros criterios interpretativos de los derechos fundamentales), sí que poseen cierta fuerza normativa (pero, no desde luego, del mismo rango que la Constitución) para derogar igualmente el derecho que se les opone tanto pre como post-constitucional.

Tal derogación eventualmente puede ser declarada por los tribunales constitucionales o los tribunales ordinarios, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Finalmente, sobre la problemática expuesta, nos parece entonces que la mejor solución sería aquella donde se reconozca la potestad de todos los Órganos Jurisdiccionales (sea el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios) de tener por derogadas aquellas disposiciones cuyo vigor es anterior a la Constitución, como consecuencia necesaria del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, máxime en el caso costarricense donde la derogatoria de las normas constitucionales ha sido positivizada (artículo 197 Constitución Política).

Por último, hemos explorado las relaciones entre las normas preconstitucionales y las que provienen del Derecho Comunitario, las cuales como lo hemos señalado no inciden sobre la vigencia ni la validez de las normas pre y post constitucionales, si deben ser aplicadas por el juez ordinario bajo la observancia de los principios de primacía y efecto directo, y si se trata de materias que en razón del principio de atribución, han sido delegadas por los Estados a la Unión Europea. Lo anterior por cuanto, en este caso nos movemos ante dos sistemas normativos diversos, cuyo punto de encuentro solo puede ser hallado en los actos por los cuales los Estados han delegado determinadas competencias a la Unión. De ahí que para finalizar, el conflicto entre la primacía del Derecho Comunitario y la supremacía de las Constituciones de los Estados miembros es sólo aparente, pues ambos sistemas normativos se mueven como lo hemos expuesto en planos distintos regidos por únicamente por el criterio de la competencia.

BIBLIOGRAFÍA

I. Referencias bibliográficas.

Libros.

1. Abramovich, V., y otro. Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid, 2007.
2. Acosta Sánchez, J., Formación de la Constitución y Jurisdicción Constitucional, Fundamentos de la democracia constitucional, Tecnos, S.A., Madrid, 1998.
3. Aguiar de Luque, L., El Control de Constitucionalidad de Normas en el “Modelo Europeo de Justicia Constitucional, en memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos. Homenaje al Dr. Rodolfo E. Piza E. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2002.
4. Alexy, R., Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

5. Alonso García, R., Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Estudio y Jurisprudencia, Tercera Edición, Thompson/Cívitas, 2006.
6. Álvarez Molina, M., El Ámbito de Competencia de la Sala Constitucional de Costa Rica en materia de amparo: Límites y Alcances de la tutela efectiva de los derechos fundamentales frente a las competencias de la Jurisdicción ordinaria. Una visión jurídica práctica del problema, en La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007.
7. Aragón, M., Constitución y Control de Poder, Universidad Externado de Colombia, 1999.
8. Araya Pochet, C., Historia del Derecho Constitucional Costarricense, Universidad Estatal a Distancia, San José, 2005.

9. Arguedas Ramírez, C. M., La interpretación Constitucional y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, X Encuentro de los Presidentes y de los Magistrados de los Tribunales y Salas Constitucionales de América Latina, Santiago de Chile, septiembre, 2003.
10. Azzariti, G., Dopo un anno d'attività della Corte Costituzionale, In AA.vv. Cinquant'anni di Corte Costituzionale, Volumen I, Corte Costituzionale, Roma, 2006.
11. Bachof, O., Jueces y Constitución, Cívitas, Sociedad Anónima, Madrid, 1895.
12. Bastida Freijedo, F. J., y otros, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Tecnos, Madrid, 2005.
13. Bidart Campos, G., El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Editora Ediar, Sociedad Anónima, Buenos Aires, 1995.

14. Bidart Campos, G., y Carnota, W., Derecho Constitucional Comparado, Tomos I y II, Ediar Ediciones, primera edición, Buenos Aires, 2001.
15. Bon, P., A propósito del Consejo Constitucional Francés, en Memorias del Seminario de Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Homenaje al Dr. Rodolfo E. Piza E, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2002.
16. Borrel Mestre, J., La inconstitucionalidad por Omisión, en Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006.
17. Brewer Carías, A., El amparo a los Derechos Humanos y a las libertades constitucionales (una aproximación comparativa), XI Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 1993.

18. Bryce, J., Constituciones flexibles y Constituciones rígidas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.
19. Bou Franch, V., y Castillo Daudí, M., Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
20. Caamaño Domínguez F., y otros, Jurisdicción y Procesos Constitucionales, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1000.
21. Cappelletti, M., La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado), Universidad Autónoma de México, 1987.
22. Carrillo, M., Jurisprudencia constitucional y tribunales ordinarios, en 50 años de Corte Constitucional Italiana, 25 años de Tribunal Constitucional Español, IV Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional, Coordinadores Miguel Revenga Sánchez, Emilio Pajares Montoliño y Juan Rodríguez-Drincourt, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007.

23. Carrillo M., y otros, Hacia una nueva jurisdicción constitucional. Estudios sobre la ley 6/2007, de 24 de mayo de reforma de la LOTC, Tirant lo Blanch, 2008.
24. Cascajo Castro, J. L. y Gimeno Sendra V., El Recurso de Amparo, Tecnos, Madrid, 1992.
25. Castillo Víquez, F., La protección de los derechos fundamentales en la Jurisdicción Constitucional y sus vicisitudes, Juristexto, San José, 2008.
26. Castro Padilla, F., La jerarquía y aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico costarricense, en La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007.
27. Castro Loría, J. C., Recursos de amparo y hábeas corpus, Juritexto, San José, 1993.

28. Chavarría Duarte, H., La protección de los derechos fundamentales en materia electoral por parte del Tribunal Supremo de Elecciones: el amparo electoral, en La tutela de los Derechos Fundamentales en Costa Rica por medio del Recurso de Amparo (con jurisprudencia), varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2007.
29. Celotto, A., y Groppi, T., La Justicia Constitucional en Italia, en la Justicia Constitucional en Europa, Coordinadores Groppi, T., Celotto, A., y Olivetti M., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004
30. Córdoba, G. E., El Control Abstracto de Constitucionalidad en Alemania, Fundación Konrad –Adenauer- Stiftung; Buenos Aires, 2003.
31. Córdoba Ortega, J., y González Porras, A., Ley de la Jurisdicción Constitucional, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2008.

32. Corwin, E. S., La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual, Fraterna, Buenos Aires, 1978,
33. Cruz Villalón, P., Introducción a la versión en castellano de Hesse, K., Escritos de derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
34. Cruz Villalón, P., La Constitución Inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa, Trotta, Madrid, 2004.
35. Dau-Lin, H., Mutación de la Constitución, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1998.
36. De Cabo de la Vega, A., Nota sobre el bloque de constitucionalidad, en Jueces para la Democracia. Información y Debate, No. 24, noviembre, Madrid, 1995.
37. De Otto, I., Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes, Ariel Sociedad Anónima, Barcelona, 1988

38. De Vergottini, G., Derecho Constitucional Comparado, Universidad, Buenos Aires, 2005.

39. Diálogo Jurisprudencial, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Julio-Diciembre, núm. 1, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, México, 2006

40. Díaz Revorio, F. J., La Constitución como orden abierto, McGraw-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 1997.

41. Díaz Revorio, F. J., Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional, Lex Nova, Sociedad Anónima, Valladolid, 2001. Existe una edición peruana de este libro con el nombre “La interpretación constitucional de la Ley, Palestra, Lima, 2003”.

42. Díaz Revorio, F. J., Valores superiores e interpretación constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
43. Díez-Picazo, L. M., La Derogación de las Leyes, Cívitas, Sociedad Anónima, Madrid, 1990.
44. Díez-Picazo, L. M., Sistema de Derechos Fundamentales, Tercera Edición, Serie Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, Thomson-Cívitas, Madrid, 2008.
45. Farnsworth, E. A., Introducción al sistema legal de los Estados Unidos, Zavalía, Buenos Aires, 1990.
46. Faúndez Ledesma, H., El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos; Aspectos Institucionales y Procesales, Tercera Edición, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2004.
47. Favoreu, L., Los Tribunales Constitucionales, Ariel, Barcelona, 1994.

48. Favoreu, L., y Rubio Llorente F., El bloque de la constitucionalidad, Simposium franco-español de Derecho Constitucional, Universidad de Sevilla, Cívitas, 1991.
49. Fernández de Casadevante Romaní, C., y Jiménez García, F., El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución Española: 25 años de Jurisprudencia Constitucional, Cívitas, Navarra, 2006.
50. Fernández Farreres, G., El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional, Marcial Pons, Madrid, 1994.
51. Fernández Rodríguez, J. J., La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI, Segunda Edición, Tecnos, Madrid, 2007.
52. Fernández Rodríguez, T-R., Las leyes orgánicas y el bloque de constitucionalidad, en torno al artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Cívitas, Madrid, 1981.
53. Fernández Segado, F., El recurso de amparo en España, en el Derecho de amparo en el mundo, Coordinadores Fix-Zamudio, H., y

Ferrer Mac-gregor, E., editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Editorial Porrúa, Argentina y la Fundación Konrad –Adenauer- Stiftung, México 2006.

54. Fernández Segado, F., El sistema constitucional español, Dykinson, Madrid, 1992.

55. Fernández Segado, F., La inconstitucionalidad por omisión: ¿Cauce de Tutela de los Derechos de Naturaleza Socioeconómica?, en La inconstitucionalidad por omisión (varios autores), coordinador Bazán, V., Temis, Sociedad Anónima, Bogotá, 1997.

56. Ferrer Mac-Gregor, Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Legislación, Prontuario y Bibliografía, segunda edición, Porrúa, México, 2004.

57. Ferreres Comella, V., Justicia constitucional y democracia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

58. Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2003.
59. García de Enterría, E., Estudios sobre Autonomías Territoriales, Cívitas, Madrid, 1985
60. García de Enterría, E., La Constitución como Norma Jurídica y el Tribunal Constitucional, Cívitas, Madrid, 2006.
61. García de Enterría, E., y Ramón Fernández, T., Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Cívitas Ediciones, S. L. Madrid, 2008.
62. García Morillo, J., Derecho Constitucional, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
63. Gomes Canotilho, J. J., Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.
64. González Campos, J. D., y otros, Curso de Derecho Internacional Público, Cívitas, Madrid, 2006.

65. González Rivas, J. J., Derecho Constitucional, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
66. González-Trevijano Sánchez, P. J., El Tribunal Constitucional, Aranzandi, Sociedad Anónima, Navarra, España, 2007.
67. Gros Espiell, H., Estudios sobre Derechos Humanos, Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985.
68. Gros Espiell, H., Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los Instrumentos Internacionales: posibilidades y limitaciones para lograr su vigencia, en estudios sobre Derechos Humanos, Civitas, Madrid, 1998.
69. Guzmán Hernández, M. R., El amparo fallido, Publicación de la Corte de Constitucionalidad, segunda edición, Guatemala, 2004.
70. Häberle, P., El recurso de amparo en el sistema de jurisdicción constitucional de la República Federal de Alemania, en el Derecho de amparo en el mundo, Coordinadores Fix-Zamudio,

H. y Ferrer Mac-gregor, E., editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Editorial Porrúa, Argentina y la Fundación Konrad –Adenauer- Stiftung, México, 2006.

71. Hauriou, M., Principios de Derecho Público y Constitucional, Comares, S. L., Granada, 2003.

72. Heller, H., Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1955.

73. Hernández Rodríguez, M., Fisuras, Desafíos y Mutaciones del Estado de Derecho y el Derecho Público, Editorial UCR, San José, 2008.

74. Hernández Valle, R., Derecho Procesal Constitucional, Juriscentro, Sociedad Anónima, San José, 1995.

75. Hernández Valle, R., El Derecho de la Constitución, Juriscentro, Volumen 1 y 2, San José, 1994.

76. Hernández Valle, R., El recurso de amparo en Costa Rica, en el Derecho de amparo en el mundo, Coordinadores Fix-Zamudio, H. y Ferrer Mac-gregor, E., editado por la Universidad Nacional Autónoma de México, el Editorial Porrúa, Argentina y la Fundación Konrad –Adenauer- Stiftung, México, 2006.
77. Hess Araya, C., y Brenes Esquivel, A. L., Ley de la Jurisdicción Constitucional anotada, concordada y con jurisprudencia constitucional, Juriscentro, San José, 2008.
78. Hesse, K., Escritos de derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
79. Hesse, K., y otros., Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid.
80. Jellinek, G., Teoría General del Estado, Editorial FCE, México, 2000.
81. Jiménez Meza, M., Derecho Público, Editorial Jurídica Continental, 2001.

82. Jinesta Lobo, E., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Responsabilidad Administrativa, Diké, Bogota-San José, 2005.
83. Jinesta Lobo, E., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Procedimiento administrativo, Editorial Jurídica Continental, primera edición, San José, 2007.
84. Jurado Fernández, J., Jueces y Constitución en Costa Rica, Editorial Juriscentro, San José, 2003.
85. Kelsen, H., Teoría General del Derecho y del Estado, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1998.
86. Kelsen. H., Teoría pura del derecho, Porrúa, Argentina, 1995.
87. Lazcano Brotons, I., El control jurisdiccional de los poderes del País Vasco, IVAP, Oñate, 1988.
88. Llanos M, y Mustapic M, El control parlamentario en Alemania, Argentina y Brasil, Amalevi, Santa Fé, 2006

89. Llobet Rodríguez. J., Derechos Humanos en la Justicia Penal. Evaluados con Películas, Editorial Jurídica Continental, San José, 2008.
90. López Guerra, L., Introducción al Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
91. Lucas Verdú, P., Teoría General de las Relaciones Constitucionales. Dykinson, 2000.
92. Martín Sánchez, M., Matrimonio Homosexual y Constitución, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
93. May C. H., El poder constituyente en Costa Rica, En Revista Costarricense de Derecho Constitucional, Tomo IV, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2003.
94. Molas, I., Derecho Constitucional, Tecnos, Sociedad Anónima, Madrid, 2008.

95. Montañés Pardo, M. Á., La suspensión cautelar en el recurso de amparo. Prontuario de Jurisprudencia Constitucional, Aranzandi, Sociedad Anónima, Navarra, 2001.
96. Mora Mora, L. P., El hábeas corpus como protección a la libertad ambulatoria, La Sala Constitucional homenaje en su X Aniversario, Universidad Autónoma de Centroamérica, 1999.
97. Muñoz Machado, S., Constitución, Iustel Publicaciones, Portal Derecho S. A., Madrid, 2004.
98. Muñoz Machado, S., Derecho Público de las Comunidades Autónomas, Volumen 1, Cívitas, Madrid, 1982
99. Muñoz Quesada, H., A., La Sala Constitucional como poder político, en Jurisdicción Constitucional, III Aniversario de la Creación de la Sala Constitucional, Juriscentro, San José, 1993.
100. Orozco Solano, V., La fuerza normativa de la Constitución, Investigaciones Jurídicas, San José, 2008.

101. Ortiz Ortiz, E., Justicia Administrativa Costarricense (Cuatro Estudios, Litografía e Imprenta, Lil, Sociedad Anónima, San José, 1990.
102. Pardo Falcón, J., El Consejo Constitucional Francés, la Jurisdicción Constitucional en la Quinta República, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
103. Paine, T., Los derechos del hombre, FCE, México 1944.
104. Patiño Cruz, S. y Orozco Solano V., La Inconstitucionalidad por Omisión, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004.
105. Patiño Cruz., S., Salazar Murillo, R., y Orozco Solano, V., El recurso de amparo en Costa Rica, Ediar Ediciones, San José, 2008.
106. Pegoraro, L., La Justicia Constitucional. Una perspectiva comparada, Dykinson, S. L., Madrid, 2004.

107. Pérez Luño, A., Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, Tecnos, Madrid, 2010.
108. Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Poder Judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
109. Piniella Sorli, J-S., Sistema de Fuentes y Bloque de Constitucionalidad. Encrucijada de competencias, Bosch, Casa Editorial, Sociedad Anónima, Barcelona, 1994
110. Piza Escalante, R., Justicia Constitucional y Derecho de la Constitución, en Jurisdicción Constitucional, varios autores, Juricentro, San José, 1993.
111. Piza Escalante, R., La Justicia Constitucional en Costa Rica, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2004.
112. Piza Escalante, R., Legitimación Democrática en la Nueva Justicia Constitucional de Costa Rica, en el Libro Homenaje a Eduardo Ortiz Ortiz, patrocinado por el Colegio Santo Tomas

de Aquino de la Universidad Autónoma de Centro América.
San José, 1993.

113. Piza Escalante, R., Los principios constitucionales en la interpretación constitucional, en Principios Constitucionales, varios autores, Investigaciones Jurídicas, Sociedad Anónima, San José, 2008, pág. 48.
114. Pizzorusso, A., Lecciones de Derecho Constitucional, Tomo II, tercera edición, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
115. Prieto Sanchís, L., Justicia Constitucional y derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2009.
116. Quesada Mora, J., G., Hábeas Corpus, Investigaciones Jurídicas, San José, 2005.
117. Ramírez Altamirano, M., Manual de Procedimientos Legislativos, Juriscentro, San José, 2008.

118. Requejo Pagés, J. L., Sistemas Normativos, Constitución y Ordenamiento, La Constitución como norma sobre la aplicación de normas, McGraw-Hill, Madrid, 1995.
119. Requejo Pagués, J., L., Las Normas Preconstitucionales y el mito del Poder Constituyente, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
120. Requejo Rodríguez, P., Bloque de Constitucional y Bloque de la Constitucionalidad, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1997.
121. Rescigno, F., La Justicia Constitucional en Alemania, en la Justicia Constitucional en Europa, Coordinadores Groppi, T., Celotto, A., y Olivetti M., Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, Colección Constitucionalismo y Derecho Público, Estudios, 2004.
122. Rivero, J., Le Conseil Constitutionnel et les Libertés, Économica, Paris, 1987

123. Rivero, J., Les libertés publiques, 1. Les droits de l'homme, PUF, París, 1973.
124. Rojas Franco, E., Los Límites de la Jurisdicción Constitucional en relación con la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Costa Rica. La jurisdicción constitucional y su influencia en el estado de derecho, Volumen 2, Editorial Universidad Estatal a Distancia, San José, 1998.
125. Rousseau, D., Droit du Contentieux Constitutionnel, Montchrestien, París, 2010.
126. Rousseau, D., La justice constitutionnelle en Europe, Montchrestien, E.J.A., Paris, France, 1998.
127. Roussillon, H., Le Conseil Constitutionnel, Dalloz, 2004, París.
128. Rubio Llorente, F., La Forma del Poder. (Estudios sobre la Constitución), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

129. Saénz Juárez, L., F., Inconstitucionalidad de leyes en casos concretos en Guatemala, publicación de la Corte de Constitucionalidad, primera reimpresión, Guatemala, 2004.
130. Sagiüés, N. P. Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos, Fundación Konrad –Adenauer- Stiftung; Buenos Aires, 2006.
131. Sagiüés, N., P., Derecho Procesal Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1989.
132. Saiz Arnaiz, A., La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española, (Premio Rafael Martínez Emperador 1998), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.
133. Santamaría Pastor, J. A., Fundamentos de Derecho Administrativo, Tomo I, Centro de Estudios Ramón Areces, Sociedad Anónima, Madrid, 1988.

134. Serrano Geyls, R., Derecho Constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico, Volumen I, Programa de Educación Legal Continuada, Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, 1992.
135. Schlaich, K., El Tribunal Constitucional Federal Alemán, en Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
136. Schmitt, C., La defensa de la Constitución, Tecnos, Sociedad Anónima, Madrid, 1998.
137. Schneider, H. P., Democracia y Constitución, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
138. Schwartz, B., Los poderes del Gobierno, Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos, Volumen 1, poderes federales y estatales, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de México, 1996.

139. Serrano Geyls, R., Derecho Constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico, Volumen I, Programa de Educación Legal Continuada, Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, 1992
140. Simón., H., y otros., Manual de Derecho Constitucional, Marcial Pons, segunda edición, Madrid, 2001.
141. Smend, R., Constitución y Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995.
142. Solano Carrera, L. F., Supremacía y eficacia de la Constitución, con referencia al Sistema Costarricense, en Constitución y justicia constitucional: jornadas de derecho constitucional en Centroamérica, Agencia Catalana de Cooperació al Desenvolupament de la Generalitat de Catalunya, Grupo 3SL, Barcelona, 2006.

143. Solís Fallas, A., La dimensión política de la Justicia Constitucional, Impresiones Gráficas del Este, Sociedad Anónima, San José, 2000.
144. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Elementos de Derecho Procesal Constitucional, Dirección de Planeación de los Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006.
145. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunales Constitucionales y Democracia, Dirección de Planeación de los Jurídico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008;
146. Tócora, L. F., Control Constitucional y Derechos Humanos, Ediciones Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, 1992.
147. Tocqueville, A., La democracia en América, Tomo 1, Editorial Alianza, Madrid, 1989.

148. Ventura Rodríguez, M., La categoría jurídica de las relaciones de sujeción especial en el derecho público costarricense, Litografía e Imprenta Lil, Sociedad Anónima, San José, Costa Rica, 2004.
149. Vernet Llobet, J., El Sistema Federal Austriaco, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1997.
150. Vidal Pardo, C., El impacto del nuevo derecho europeo en los Tribunales Constitucionales, Colex, Madrid, 2004.
151. Villaverde Menéndez, I., La inconstitucionalidad por omisión, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
152. Zagrebelsky, G., El derecho dúctil, Ley, derechos, justicia. Trotta, séptima edición, Madrid, 2007.
153. Zagrebelsky G., Principios y Votos. El Tribunal Constitucional y la Política, Trotta, Madrid, 2008

Artículos de anuario y revista.

1. Aparicio Pérez, M. A., La aplicación de la Constitución por los jueces y el objeto del amparo constitucional, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales Núm. 3, mayo-agosto, 1989, Madrid.
2. Aragón, M., La sentencia del Tribunal Constitucional sobre leyes relativas al régimen local, anteriores a la Constitución, Revista Española de Derecho Constitucional, Año 1, N°1, Madrid, 1981
3. Armijo Sancho, G., Conflictos entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2007.
4. Armijo Sancho, G., La tutela supraconstitucional de los derechos humanos en Costa Rica, Ius et Praxis, Vol. 9, N°. 1, Talca, 2003
5. Bazán, V., Jurisdicción Constitucional Local y corrección de las omisiones inconstitucionales relativas, en Revista

Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004.

6. Borrajo Iniesta, I., Comentario al apartado tercero, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Directores, Fundación Wolters Kluwer, 2008.
7. Brenes Villalobos, L., D., y Rivera Sánchez, J., L, Recurso de amparo electoral, Revista Derecho Electoral, No. 1, Tribunal Supremo de Elecciones, primer semestre, 2006, San José.
8. Brewer Carias, A., El sistema mixto o integral de control de constitucionalidad en Colombia y Venezuela, En Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C. 1996.
9. Carreras de Serra, F., Una interpretación, moderadamente optimista, del nuevo recurso de amparo, Anuario Parlamento y Constitución, N°11, 2008.

10. Carrillo, M., La aplicación judicial de la Constitución, Revista Española de Derecho Constitucional, año 24. núm. 71 mayo-agosto 2004.
11. Carvajal Pérez, M., O recurso de amparo na Costa Rica, Revista jurídica de Macau, Número especial, O direito de amparo en Macau e em direito comparado, 1999.
12. Castro de Cid, B., Etapas del proceso de consolidación, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, Universitas, Sociedad Anónima, Madrid, 2003.
13. Delgado Echeverría, J., Las normas derogadas, validez, vigencia y aplicabilidad, en Revista de Derecho Privado y Constitución, número 17, Madrid, enero-diciembre de 2003.
14. Díez-Picazo, L. M., Consideraciones en torno a la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas sobre la producción jurídica y a la admisibilidad de la cuestión de inconstitucionalidad. (Comentario a la Sentencia del Tribunal

Constitucional de 24 de julio de 1984), en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 5, núm. 13, enero-abril 1985.

15. Ferrajoli, L., Posición institucional y función de la magistratura en el sistema político italiano, en Política y justicia en el Estado capitalista, Fontanella, Barcelona, 1978.
16. Ferrer Mac-Gregor., E., Del amparo nacional al amparo internacional, en:
<http://realidadjuridica.uabc.mx/realidad/files/amparo.doc>
(24/01/08).
17. Haro, R., El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y tribunales constitucionales, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004.
18. Hass, E., La posición de los magistrados de la Corte Constitucional Federal Alemana y su significado para la vida jurídica y la sociedad, en Anuario de Derecho Constitucional

Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004.

19. Herdegen, M., La reforma constitucional: criterios de justiciabilidad, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2006.

20. Hernández Valle, R., El control de constitucionalidad del procedimiento de reforma constitucional, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Noviembre de 2006.

21. Hernández Valle, R., El Poder Constituyente Derivado y Los Límites Jurídicos del Poder de Reforma Constitucional, en Revista Española de Derecho Constitucional, Año 13. Núm. 37. Enero-Abril 1993.

22. Hines Céspedes, C., El artículo 13 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional: Seguridad Jurídica o esclavitud jurisprudencial,

Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo,
Nº6, 2006.

23. Jiménez Meza, M., La legitimación objetiva y directa en la acción de inconstitucionalidad. Comentario a una sentencia, Revista IVSTITIA, Nº89, 1994.

24. Jinesta Lobo, E., Relaciones entre jurisdicción ordinaria y justicia constitucional, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2007.

25. Jurado Fernández, J., El valor de la Constitución y el desarrollo constitucional costarricense, Revista de Historia, No. 41, enero-junio de 2000.

26. Kelsen, H., ¿Quién debe ser el Guardián de la Constitución? (Wer soll der Hüter der Verfassung sein?) En Die Justiz 1930-31, Helt 11-12, bd. VI, 576-628).

27. Laband, P., Die Wandlungen der Deutschen Reichsverfassung, publicado en el Jahrbuch der Gehe-Stitung zu Dresen, 1895.
28. Leguina Villa, J., Principios Generales del Derecho y Constitución, Revista de Administración Pública, N°114, septiembre-diciembre, Madrid, 1987
29. Marbury, W. L., The limitations upon the amending power, Harvard Law Review, Vol. XXXIII, December, 1919.
30. Mariño Menéndez, F., Antecedentes Doctrinales e Institucionales de la Protección Internacional de los Derechos Humanos, en Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo II, Siglo XVIII, Volumen III, El derecho positivo de los Derechos Humanos. Derechos Humanos y Comunidad Internacional: los orígenes del sistema, Dykinson, L.M., 2001.
31. Martínez Morán, N., Reconocimiento y Protección Internacional, en Introducción al Estudio de Derechos Humanos, Universitas, Sociedad Anónima, Madrid, 2003.

32. Monroy Cabra, M. G., Necesidad e importancia de los tribunales constitucionales en un estado social de derecho, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo I, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C., 2004.
33. Murillo Murillo, M., Desaplicación de la Ley de la Jurisdicción Constitucional por la misma Sala Constitucional, Revista de Derecho Público, N°2, 2005.
34. Nogueira Alcalá, H., Los límites del poder constituyente y el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, Noviembre de 2006.
35. Orozco Solano, V., Competencias del Tribunal Constitucional Costarricense. El caso del amparo contra resoluciones jurisdiccionales, Foro Constitucional Iberoamericano de la Universidad Carlos Tercero de Madrid, página de internet: <http://www.uc3m.es/uc3m/inst/MGP/FCI11AVOS.pdf> (24/01/08).

36. Onda, V. L'attuazione Della Costituzione fra Magistratura o Corte Costituzionale en la obra è, Rommà, colectiva Scritti in onore di Costantino Mortati, vol. 4, Giuffrè 1977.
37. Ortiz Ortiz, El control de constitucionalidad en Costa Rica, Revista Iustitia, año 5, No. 50, febrero de 1991
38. Palacio González, J., Bloque de Constitucionalidad y ordenamiento jurídico comunitario, CJ de la CEE, serie D, 1987.
39. Parejo Alfonso, L., La Constitución y las leyes preconstitucionales, el problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevenida (a propósito de la jurisprudencia constitucional sobre el tema), Revista de Administración Pública, número 94, Madrid, enero-abril, 1981.
40. Pérez Tremps, P., Tribunal Constitucional y Juez ordinario. Una deuda pendiente del legislador, en Autonomía y Justicia y Cataluña, VII Seminario Organizado por el Consejo

Consultivo de la Generalidad de Cataluña, Consejo General del Poder Judicial de España y Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, GESMAX, SL, Barcelona, 20-21 de noviembre de 2003.

41. Piza Rocafort, R., De la Corte Plena a la Sala Constitucional, Revista IVSTTTIA, N°69, 1992.

42. Prieto Sanchís, L., Constitución y Parlamento, en Anuario Parlamento y Constitución, No 5.

43. Revenga Sánchez, M., Al hilo de los 25 años de control (en abstracto) de la Constitucionalidad de la Ley: La declinante fuerza del recurso de inconstitucionalidad, en 50 años de Corte Constitucional Italiana, 25 años de Tribunal Constitucional Español, IV Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional, Coordinadores Miguel Revenga Sánchez, Emilio Pajares Montoliño y Juan Rodríguez-Drincourt, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Imprenta Nacional del Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2007, pág. 21-30.

44. Revenga Sánchez, M., La paradoja del recurso de amparo tras la primera década de jurisprudencia constitucional, en Revista Española de Derecho Constitucional, N°41, 1994.
45. Robles Leal, A., Un criterio para distinguir las competencias de Control de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Supremo de Elecciones, en el caso de las normas sometidas a referéndum, Revista de Derecho Electoral, No. 8, Primer Semestre de 2009.
46. Rojas Cháves, M., La inconstitucionalidad por omisión, Revista de Derecho Constitucional, N°2, San José, 1991.
47. Romboli, R., El Control de constitucionalidad de las leyes en Italia, en Revista Teoría y Realidad Constitucional, UNED, núm. 4, 2º semestre, Madrid, 1999.
48. Rueda Leal, Paul, Fundamento Teórico de la tipología de sentencias en procesos de constitucionalidad, Revista de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, N°1, 2004.

49. Ruiz Miguel, C., Crítica de la llamada inconstitucionalidad por omisión, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004.
50. Saborío Valverde. R., Los límites a las reformas parciales de la Constitución y la jurisprudencia de la Sala Constitucional.
<http://www.cesdepu.com/revelec/art-rsv1.htm>
(04/08/2009).
51. Sáenz Carbonell, J. F., Orígenes del Control de Constitucionalidad, en Revista de Derecho Constitucional, Enero-abril, N°1, 1991.
52. Sagüés, M., S., Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos. Implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial, en Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución, No. 2, Julio-Diciembre 2004.

53. Sánchez Urrutia, A. V., Mutación Constitucional y Fuerza Normativa de la Constitución, una aproximación al origen del concepto, en “Revista Española de Derecho Constitucional”. Año 20, número 58, enero-abril, 2000.
54. Sobrado González, A., Tendencias de la Justicia Electoral Latinoamericana, Revista de Ciencias Jurídicas, San José, 2006.
55. Solano Carrera, L. F., La consulta legislativa de constitucionalidad en Costa Rica, Revista IVSTITIA, N°69, 1992.
56. Solano Carrera, L. F., La aplicación directa de la Constitución (el caso de Costa Rica), Revista Judicial, San José, Año XIX, N°61, abril 1995.
57. Solozabal Echavarría, J. J., Artículo 2, en Comentarios a la Constitución Española, XXX Aniversario, Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Directores, Fundación Wolters Kluwer, 2008.

58. Solís Zelaya Román y otro. La dimensión política de la Justicia Constitucional en Costa Rica, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer Stiftung A.C. 2000.
59. Trujillo, G., Juicio de legitimidad e interpretación: cuestiones problemáticas en el horizonte constitucional español, Revista de Estudios políticos, N°7, 1979.
60. Varela, S., y Satrustegui, M., Constitución nueva y leyes viejas, en Revista de Derecho Político, núm. 4, Madrid, 1979.
61. Wessel, W., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsbeschwerde, Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl), cuad. 6, 1952.

Tesis.

1. Brenes Montoya, M. M., El incumplimiento de las resoluciones de amparo, Tesis de licenciatura, Inédita, Universidad de Costa Rica, San José, 2005.

2. Castillo Víquez, F., Reflexiones sobre el control de constitucionalidad en Costa Rica. Las cuestiones de constitucionalidad, Tesis para optar por el grado de Doctor en Derecho, inédita, Universidad Escuela Libre de Costa Rica, 2008.
3. Hess Herrera, I., Le contrôle juridictionnel de la révision de la constitution en France et au Costa Rica, Tesis para optar por el DEA en Derecho público comparado de los Estados europeos, inédita, Universidad París I (Panteón-Sorbona), 2002.
4. Hess Herrera, I., Relaciones Políticas y Jurídicas entre la Sala Constitucional y la Asamblea Legislativa, tesis de licenciatura, inédita, Universidad de Costa Rica, San José, 1993.
5. Robles Leal, A., El control de constitucionalidad de las normas sometidas a referéndum, Tesis de grado para

optar al título de Licenciado en Derecho, inédita,
Universidad de Costa Rica, 2008.

6. Villalobos Fallas, Reforma a la Jurisdicción Constitucional,
Tesis de grado para optar al título de Licenciado en
Derecho, inédita, Universidad de Costa Rica, 2009.

II Referencias normativas.

- La Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.
- La Ley Fundamental de la República Federal Alemana de 1949.
- Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal de 1951
- La Constitución Francesa de 4 de octubre de 1958.
- El Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946.
- La Ley Orgánica sobre el Consejo Constitucional Francés,
Decreto Ley No. 58-1067 de 7 de noviembre de 1958..

- La Constitución de la República Italiana de 22 de diciembre de 1947, publicada el 27 de diciembre de 1947.
- La Constitución Española de 6 de diciembre de 1978, publicada el 29 de diciembre de 1978.
- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, Ley No. 2/1979 de 3 de octubre de 1979.
- La Constitución Portuguesa de 1976.
- La Constitución Política de la República de Costa Rica de 7 de noviembre de 1949.
- La Ley de la Jurisdicción Constitucional de la República de Costa Rica, Ley No. 7135 de 11 de octubre de 1989, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 198 de 19 de octubre de 1989

- El Reglamento de la Asamblea Legislativa, Acuerdo No. 2883 de 9 de marzo de 1994, Publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 65 de 5 de abril de 1994.
- El Código Electoral, Ley No. 8765 de 19 de agosto de 2009, publicada en el Alcance No. 37 a La Gaceta No. 171 de 2 de setiembre de 2009.
- La Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley No. 7333 de 5 de mayo de 1993, Publicada en Alcance No. 24 de la Gaceta No. 124 de 1 de julio de 1993.
- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789.
- El Convenio para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969.

III Referencias jurisprudenciales (las más relevantes).

Decisiones de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América.

- en el Asunto Marbury vrs. Madison, 1803.
- en el Asunto Dredd Scott, 1857.
- en el Asunto Cooper vrs. Aaron, 1958.

Sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán.

- Sentencia 1, 184 de 20 de marzo de 1952;
- Sentencia 2, 124 de 24 de febrero de 1953;
- Sentencia 11,59 de 17 de mayo de 1960;
- Sentencia 24, 174 de 2 de octubre de 1968.

Decisiones del Consejo Constitucional Francés.

- D. 39DC de 19 de junio de 1970;
- D. 44DC de 16 de julio de 1971.

Sentencia de la Corte de Constitucionalidad Italiana.

- Sentencia No. 1 (1956) de 5 de junio.

Sentencias del Tribunal Constitucional Español.

- Auto Sentencia 106/1980 de 26 de septiembre;
- Sentencia 4/1981 de 2 de febrero;
- Sentencia de 8 de abril de 1981;
- Sentencia No. 10/1981 de 6 de abril;
- Sentencia No. 17/1981 de 1 de junio;

- Sentencia No. 15/1982 de 28 de abril.
- Sentencia No. 16/1982 de 28 de abril;
- Sentencia No. 8/1983 de 18 de febrero;
- Sentencia No. 66/1983 de 21 de julio;
- Sentencia No. 101/1983 de 18 de noviembre;
- Sentencia No. 22/1984 de 17 de febrero;
- Sentencia No. 126/1984, de 26 de diciembre;
- Sentencia No. 42/1987 de 7 de abril;
- Sentencia No. 37/1988 de 3 de marzo de 1988;
- Sentencia No. 169/1993 de 27 de mayo;

Sentencia del Tribunal Supremo Español.

- Sentencia de 11 de junio de 1997.

Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica

- Sentencia dictada en la sesión de 5 de marzo de 1970;
- Sentencia dictada en la sesión de 3 de septiembre de 1981;
- Sentencia dictada en la sesión de 25 de junio de 1982;
- Sentencia dictada en la sesión de 28 de junio de 1982;
- Sentencia dictada en la sesión de 7 de octubre de 1982;
- Sentencia dictada en la sesión de 1º de diciembre de 1982;
- Sentencia dictada en la sesión de 24 de marzo de 1983;
- Sentencia dictada en la sesión de 26 de abril de 1984;
- Sentencia dictada en la sesión de 13 de septiembre de 1984;
- Sentencia dictada en la sesión de 30 de julio de 1987.

Sentencias de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica.

- Sentencia No. 1147-90 de 21 de septiembre;
- Sentencia No. 101-90 de 30 de octubre;
- Sentencia No. 678-91 de 27 de marzo;
- Sentencia No. 1739-92, de 1º de julio;
- Sentencia No. 2150-92 de 8 de agosto;
- Sentencia No. 3435-92 de 11 de noviembre;
- Sentencia No. 2996-92 de 6 de octubre;
- Sentencia No. 3180-93 de 6 de julio;
- Sentencia No. 3152-94 de 28 de junio;
- Sentencia No. 4091-94 de 9 de agosto;
- Sentencia No. 0778-95 de 11 de febrero;
- Sentencia No. 1185-95 de 2 de marzo;
- Sentencia No. 2313-95 de 9 de mayo;
- Sentencia No. 3477-96 de 10 de julio;
- Sentencia No. 6497-96 de 2 de diciembre;
- Sentencia No.1319-97 de 4 de marzo;
- Sentencia No. 6469-97 de 8 de octubre;
- Sentencia No. 6793-97 de 17 de octubre;
- Sentencia No. 7528-97 de 12 de noviembre;
- Sentencia No. 2000-01918 de 1º de marzo;
- Sentencia No. 2000-02096 de 8 de marzo;

- Sentencia No. 2000-2583 de 22 de marzo;
- Sentencia No. 2000-6328 de 19 de julio;
- Sentencia No. 2000-7818 de 5 de septiembre;
- Sentencia No. 2000-09685 de 1 de noviembre;
- Sentencia No. 2001-2603 de 3 de abril;
- Sentencia No. 2001-2787 5 de abril;
- Sentencia No. 2001-3173 de 25 de abril;
- Sentencia No. 2001-8239, de 14 de agosto;
- Sentencia No. 2001-09384 de 19 de septiembre;
- Sentencia No. No. 2002-10693 de 7 de noviembre;
- Sentencia No. 2003-05264 de 18 de junio;
- Sentencia No. 2004-5206 de 18 de mayo;
- Sentencia No. 2005-05649, de 11 de mayo;
- Sentencia No. 2005-10382, de 10 de agosto;
- Sentencia No. 2005-14522 de 21 de octubre;
- Sentencia No. 2006-3238 de 10 de marzo;
- Sentencia No. 2006-09507 de 5 de julio;
- Sentencia No. 2006-10302 de 19 de julio;
- Sentencia No. 2006-15955 de 1º de noviembre
- Sentencia No. 2007-1682 de 9 de febrero.
- Sentencia No. 2008-1739 de 6 de febrero.

Sentencia del Tribunal Supremo de Elecciones de la República de Costa Rica.

- Sentencia No. 303-E-2000, de 15 de febrero.

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, República Argentina.

- Sentencia de 7 de junio de 1992.

Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana.

- Sentencia de 24 de febrero de 1999.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú.

- Sentencia de 3 de enero de 2003.

Sentencia de la Corte Constitucional de la República de Colombia.

- Sentencia de 20 de enero de 2003,

Sentencia de la Sala Constitucional de El Salvador.

- Sentencia de 1º de abril de 2004.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Bolivia

- Sentencia de 5 de mayo de 2004,

